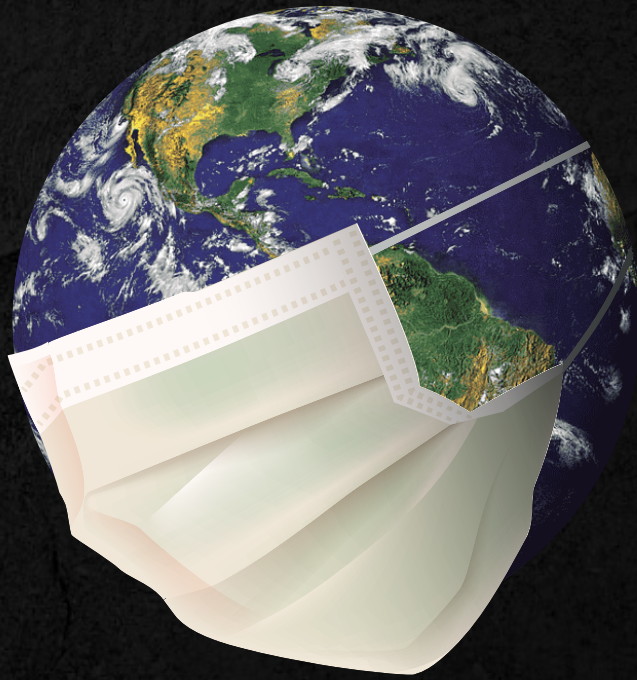


Derecho de los Desastres: Covid-19



Tomo II: Estudios Internacionales

Derecho de los Desastres:
Covid-19

Derecho de los Desastres: Covid-19

Tomo II: Estudios Internacionales



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

Derecho de los Desastres: Covid-19

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020

Facultad de Derecho

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.

Teléfono: (51 1) 626-2000 / 5660

www.facultad.pucp.edu.pe/derecho

Diseño de cubierta: Gaby Gamarra

Corrección de estilo y cuidado de la edición: José Luis Carrillo M.

Diagramación de interiores: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Primera Edición Digital: Septiembre 2020

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2020-06226

ISBN: 978-612-4440-14-4

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio-, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Diagramado en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5

Contenido

Presentación

Decano de la Facultad de Derecho

Alfredo Villavicencio Ríos

15

TOMO I

PERÚ

DERECHO CIVIL

Cambio de circunstancias

El derecho en los tiempos del COVID-19: la fuerza mayor se ha hecho «viral» y la excesiva onerosidad, también

Luciano Barchi Velaochaga

23

El COVID-19 y el cambio de circunstancias a nivel contractual. Un estudio preliminar

Jairo Cieza Mora

41

El impacto del COVID-19 en la aplicación de la excesiva onerosidad de la prestación en el Perú

Olga Fiorella Julia Vásquez Rebaza

93

Frustración del cumplimiento contractual por evento extraordinario: una construcción desde el Civil Law

Guillermo Andrés Chang Hernández

103

Frustración en los tiempos del coronavirus: una apología a la frustración del fin del contrato

Hugo Forno Odría

117

Contratos en cuarentena: pandemia y cambio de circunstancias

Sergio García Long

151

Incumplimiento

Apuntes sobre el incumplimiento contractual generado por el aislamiento social obligatorio
Alfredo F. Soria Aguilar 191

La excepción de incumplimiento como derecho contractual en el Código Civil peruano y su incidencia en el COVID-19
Roger Vidal Ramos 203

Contratos

Contratos de servicio educativo y pandemia
Max Salazar Gallegos 231

El impacto del COVID-19 en los arrendamientos de establecimientos comerciales. Evaluación de la posición del arrendatario y alternativas legales de solución
Walter Vásquez Rebaza 289

Impacto del aislamiento social obligatorio en los contratos de arrendamiento de viviendas
Lorena Guardia Muguruza 357

Personas y familia

El amor en los tiempos del coronavirus. Los retos del derecho de familia
Yuri Vega Mere 377

La problemática jurídica del derecho a la identidad personal frente al COVID-19
*Carlos Antonio Agurto Gonzáles y
María-Pía Guadalupe Díaz Díaz* 389

Reales y registral

COVID-19 y la resiliencia del sistema registral peruano
Gilberto Mendoza del Maestro 409

El bien común y el ejercicio de los derechos reales en épocas de pandemia
Mario Solís Córdova 425

La propiedad y el común. Reflexiones sobre el valor de la comunidad en el presente de crisis
José Carlos Fernández Salas 451

DERECHO CONSTITUCIONAL

- El constitucionalismo de emergencia ante la pandemia del coronavirus
César Landa 471

DERECHO LABORAL

- Retorno seguro al trabajo. Algunas consideraciones a propósito del síndrome del edificio enfermo
Laura Torres Soto y Orlando De las Casas de la Torre Ugarte 487
- El teletrabajo llegó para quedarse. Comentarios en torno a esta herramienta laboral en auge en la nueva normalidad
César Puntriano Rosas 507
- La (in)seguridad jurídica laboral en el Perú en tiempos de pandemia
André Jorge Cossio Peralta 531

DERECHO PENAL

- Privados de libertad, derecho penal y pandemia
Iván Meini 551
- Riesgos penales en tiempos de COVID-19
Juan Diego Ugaz Heudebert 567
- El virus de la desobediencia a la Policía Nacional del Perú en estado de emergencia: fortaleciendo el debilitado principio de autoridad
Víctor García Sandoval 589
- Prescripción penal y estados de emergencia
Pamela Morales Nakandakari 603

DERECHO AMBIENTAL

- Sistema jurídico ambiental, derecho de los desastres y COVID-19
Pierre Foy Valencia 617

DERECHO DE LITIGIOS

- El impacto del COVID-19 en la conducción de los arbitrajes
Mario Reggiardo Saavedra y Álvaro Cuba Horna 639

Hacia una práctica de <i>Arbitration Tech</i> . Aproximación a la ciberseguridad en el arbitraje internacional y nacional <i>Héctor Campos García</i>	687
Tecnología y oralidad en el proceso civil <i>Renzo Cavani</i>	703
Debido proceso en tiempos de pandemia <i>Rafael Prado Bringas y Francisco Zegarra Valencia</i>	723
Innovaciones necesarias para los arbitrajes institucionales en el Perú <i>Marianella Ventura</i>	743
Leyes salvajes, suspensión de peajes y coronarbitrajes <i>Fabio Núñez del Prado</i>	753
Suspensión de acuerdos internacionales de inversión <i>Eugenia Simó García</i>	853
La tutela jurisdiccional efectiva en tiempos de COVID-19: apuntes sobre la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> en materia cautelar <i>Kevin Villanueva Sotomayor</i>	863
DERECHO DE SEGUROS	
Derecho de seguros y COVID-19 <i>Alonso Núñez del Prado Simons</i>	891
La actual problemática del seguro de interrupción del negocio frente al COVID-19 <i>Carlos Augusto Acosta Olivo y Pedro Richter Valdivia</i>	921
DERECHO COMERCIAL	
Continuidad de las sociedades durante los desastres mediante la celebración de juntas de accionistas y sesiones de directorio <i>Mariano Però Mayandía</i>	953
Juntas generales de accionistas no presenciales en la sociedad anónima ordinaria: ¿se requiere un cambio de la Ley General de Sociedades? <i>Gabriella Valenzuela</i>	967

Mecanismos concursales adoptados para enfrentar la crisis del COVID-19
Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero 985

Cobrar o condonar, esa es la cuestión: comentarios al cobro de intereses
en reprogramaciones durante el COVID-19
Dario Bregante Tassara y
Adolfo Morán Cavero 1003

DERECHO ADMINISTRATIVO

Las potestades de la administración sanitaria peruana y COVID-19
Juan Carlos Morón Urbina 1023

TEORÍA GENERAL

El derecho en tiempo de emergencia sanitaria
Carlos Ramos Núñez 1047

Estado de emergencia mundial y el nuevo Nomos de la tierra
Eduardo Hernando Nieto 1053

Abrir las fronteras del derecho a los principios de la naturaleza
Fernando del Mastro Puccio 1067

Hacer elecciones y tomar decisiones en tiempos de pandemia: un análisis
desde la teoría de la justicia
José Enrique Sotomayor Trelles 1081

Dinámicas alrededor de la educación en una facultad de derecho en
pandemia: hallazgos preliminares
Hans Enrique Cuadros Sánchez 1105

TOMO II
ESTUDIOS INTERNACIONALES

LATINOAMÉRICA

- El «hecho del príncipe» como circunstancia sobreviniente durante la ejecución de los contratos
Carlos Pizarro Wilson 1121
- ¿Cómo enfrentar los efectos del COVID-19 en una legislación que no reconoce explícitamente la «teoría de la imprevisión»?
Enrique Alcalde Rodríguez 1137
- Gobernanza del riesgo de desastres frente al COVID-19 en Ecuador
Hugo Cabueñas 1149
- O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade
Flávio Tartuce 1175

REINO UNIDO

- Covid-19 and frustration in English law
Hugh Beale y
Christian Twigg-Flesner 1185
- Coronavirus contract law in Scotland
Hector L. MacQueen 1201

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

- Force majeure in the time of coronavirus
Kenneth A. Adams 1223

EUROPA

- Financing the corona crisis in the European Union, meandering between national selfishness and community thinking
Hans-Bernd Schäfer 1237
- La Unión Europea en tiempos de coronavirus
Alessandro Somma 1245

Teaching and researching in law during the beginning of the corona pandemic <i>Viola Heutger</i>	1269
Coronavirus: force majeure? Hardship? Deferral of obligations? Some practical elements. Advice for the analysis and redaction of clauses <i>Denis Philippe</i>	1277
Remarks on the effects of the pandemic on long-term contracts <i>Guido Alpa</i>	1295
Legislatore e giudice nel governo delle sopravvenienze contrattuali originate dalla pandemia COVID-19 <i>Claudio Scognamiglio</i>	1309
L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di COVID-19 <i>Pietro Sirena</i>	1325
La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti in Italia <i>Fabrizio Piraino</i>	1339
The COVID-19 crisis beyond civil liability <i>Francesca Benatti</i>	1387
El coronavirus en el derecho de daños. Responsabilidad civil por daños causados en relación con la pandemia del COVID-19 <i>Albert Ruda</i>	1407
Un primer análisis sobre los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19 <i>Fernando Gómez Pomar</i>	1431
Al fin la madre de todas las batallas del COVID-19: «Rebus sic stantibus». Con ocasión de una reciente propuesta institucional <i>Ángel Carrasco Perera</i>	1459
COVID-19, fuerza mayor y contrato, en el amplio panorama del Derecho de los Desastres <i>Carmen Jerez, María Kubica y Albert Ruda</i>	1475

Estonian contract law. How well prepared to response to pandemic <i>Irene Kull y Georg Kuusik</i>	1499
Greece. Corona virus and its impact on contracts <i>Eugenia Dacoronia</i>	1521
Sobre los autores	1527

TOMO II



Estudios Internacionales

LATINOAMÉRICA

**El «hecho del príncipe» como circunstancia
sobreviniente durante la ejecución de los
contratos**

Carlos Pizarro Wilson
Universidad Diego Portales

Las vacaciones del derecho son una necesidad de la bigiene social.
Jean Carbonnier

Se ha escrito bastante el último tiempo acerca de los alcances que puede tener el Covid-19 en el ámbito de los contratos, aunque pareciera no ser suficiente, pues ha habido además una explosión de crónicas, notas, videoconferencias, seminarios, congresos internacionales, publicaciones *online*, etcétera. Los profesores, en su mayoría de derecho civil, nos hemos dedicado a la búsqueda de la solución de problemas que de manera eventual podrían judicializarse debido a los incumplimientos que nos imaginamos se han generado en el terreno, sobre todo, del contrato de arrendamiento, construcción, servicios, de índole comercial, de consumo. Y aquí vamos de nuevo, pero ahora con una mirada más holística que pretende exponer el asunto a partir de un hecho global: las decisiones de la autoridad sanitaria o quien corresponda en cada país que paralizan la actividad comercial, salvo aquella denominada esencial. Y también se prohíbe el tránsito y traslado de importantes volúmenes de personas, impedidas de ir a realizar su trabajo, quedando en estado de confinamiento o cuarentena.

La más sabrosa y triste, sin duda, ha sido la disputa entre dos caciques del derecho civil español, los profesores Pantaleón Prieto y Carrasco Perera, quienes no se han privado de concurrir al almacén a exponer sus puntos de vista encontrados y virulentos sobre quién soporta el riesgo de la imposibilidad total o temporal de realizar el giro comercial del arrendatario (Pantaleón Prieto, 2020; Carrasco Perera, 2020a y 2020b).

La disputa se ha centrado en el arrendamiento de locales comerciales, y, en particular, la obligación del pago de rentas dada la circunstancia que el arrendatario se ha visto impedido de realizar su giro comercial por orden de la autoridad sanitaria.

Acá asumimos que estas decisiones de la autoridad estatal —en general, de los órganos encargados del resguardo sanitario— constituyen lo que se ha dado en llamar la denominación del «hecho del príncipe», una modalidad conocida de antaño de la fuerza mayor o caso fortuito. No incurriremos en explicaciones generales sobre las instituciones que abordaremos, pues asumimos que el lector tiene un conocimiento algo más que elemental del derecho de los contratos. De esta manera, la lectura de las ideas que se presentan será, esperamos, menos tediosa.

Frente al impacto que ha provocado la pandemia en los contratos a través de las decisiones de la autoridad, es posible constatar que los remedios a los cuales se ha recurrido refieren al derecho común de los contratos y las reglas especiales del arrendamiento. En este mismo orden, trataremos la forma en que se asume la imposibilidad o agravamiento en el cumplimiento del contrato debido a las decisiones de la autoridad sanitaria. Esto permitirá tener una panorámica crítica de los principales asuntos jurídicos que se han planteado a propósito de los contratos en ejecución interrumpidos o afectados por las decisiones de la autoridad.

1. El derecho común frente al «hecho del príncipe»

La expresión derecho común, algo controvertida, la utilizamos acá como el derecho de los contratos elaborado a partir de las reglas del Código Civil por la doctrina y la jurisprudencia. Se trata de una doctrina que tiene vocación para ser aplicada a todos los contratos, salvo disposiciones legales expresas que resuelvan de una manera diversa (Mejías Alonzo, 2018). Hemos recurrido al derecho común para resolver los problemas que pudieren aquejar a los contratos celebrados con anterioridad a las decisiones de la autoridad que han impedido o dificultado la ejecución de las obligaciones de una de las partes o de ambas partes debido a la pandemia del Covid-19. Este reflejo acertado se ha concretado en recurrir a distintas figuras jurídicas clásicas del derecho de los contratos. Si bien la codificación ignora o trata de manera bastante escasa el tiempo como elemento relevante en la ejecución de los contratos, colocando atención al plazo como modalidad de ejecución de las obligaciones, es la práctica contractual la que ha motivado un creciente interés por la influencia del tiempo en la ejecución de contratos de mediana o larga duración ignorados por la codificación (Rochfeld, 2011, 2004). Esa es la razón por la cual las situaciones sobrevinientes al contrato fueron tratadas de manera excepcional en las codificaciones decimonónicas irrumpiendo más bien en los códigos contemporáneos.

La circunstancia sobreviniente a la cual debe colocarse atención es el denominado «hecho del príncipe», una manifestación de la fuerza mayor que refiere a los actos de autoridad que de manera imprevista importan una imposibilidad de resistirlos, lo que provoca un incumplimiento contractual.¹

1.1. La fuerza mayor: el «hecho del príncipe»

Verificada una hipótesis de imposibilidad por una circunstancia sobreviniente que quepa bajo la calificación de fuerza mayor, en la especie, el hecho del príncipe o decisión de la autoridad sanitaria, el contrato en cuanto a su ejecución o alguna de sus obligaciones resulta imposible, sea de manera temporal o transitoria. Lejos de la ilusión extintiva que suele asignarse a la fuerza mayor, la que solo opera respecto del deudor en la hipótesis de la teoría de los riesgos bajo el supuesto de la entrega pendiente de una cosa específica, sobreviviendo aquella del acreedor de la entrega

1 En términos monográficos, destaco a Tapia Rodríguez (2019) y Antommattei (1982).

(Elorriaga de Bonis, 2002; Vidal Olivares, 2006), la fuerza mayor manifiesta sus efectos en general respecto de obligaciones de hacer, prestaciones de servicios, o en relación con bienes genéricos, lo que redundaría en la suspensión de la exigibilidad de la obligación o en el término de la relación contractual por la vía de la resolución del contrato.

Así, por ejemplo, ha ocurrido con la imposibilidad de proceder a la construcción ante el decreto de cuarentena en ciertas localidades. O, en los casos de imposibilidad de prestar el servicio contratado, o recibir o transportar los bienes adquiridos. En Chile, la autoridad sanitaria ha prohibido a intervalos la apertura del comercio, salvo aquel denominado esencial, lo que importa la imposibilidad de realizar el giro comercial para numerosos comerciantes, asunto que puede redundar en incumplimientos contractuales al verse imposibilitados los prestadores de servicios o en todos aquellos contratos en que se deba entregar un bien de realizarlo en los términos acordados.

Se asume acá que el incumplimiento contractual refiere a cualquier desviación del programa contractual, entendiendo por tal, en consecuencia, la diferencia entre lo acordado y lo ejecutado, sea por ausencia total de cumplimiento, cumplimiento imperfecto o ejecución tardía.² Por lo mismo, si ocurre un evento de fuerza mayor que impida, retarde o se traduzca en un cumplimiento diverso al pactado, estamos frente a incumplimiento del contrato, lo que abre la puerta a los remedios contractuales respectivos a esa situación imprevista e irresistible que ha impactado en el contrato. El acento no está solo en el deudor para determinar el incumplimiento contractual, sino sobre todo en el acreedor, quien no recibe lo acordado (De la Maza Mazguri & Vidal Olivares, 2018).

En particular, el deudor puede excusarse en la fuerza mayor —el hecho del príncipe—, pues es debido a la decisión del Estado o de la autoridad sanitaria que resulta imposible cumplir con las obligaciones en los términos pactados. Es así como irrumpe el caso fortuito o fuerza mayor.

Entonces, hemos clamado por la fuerza mayor, la reina del problema, aunque ahora sea otro miembro de la realeza, el hecho del príncipe, el acto de autoridad, institución «más célebre que efectiva» (Testu, 2020, p. 85), pues reina en los libros pero menos en la jurisprudencia.³ Todo el problema de la fuerza mayor reside en caracterizarla, en el hecho y en sus efectos, pero siempre visto desde la perspectiva del deudor, quien pretende excusar su cumplimiento y exonerarse de responsabilidad y evitar la exigibilidad de su obligación, esto es, impedir la exigencia de cumplimiento del contrato o ejecución forzada. Esto arrastra si el efecto de la fuerza mayor es solo temporal, la suspensión de la exigibilidad de la obligación, mas no la extinción del contrato por la vía de la resolución, dado que una vez superado el suceso de fuerza mayor y sus efectos en el contrato renace la exigibilidad de la obligación, restableciéndose la normalidad de la situación contractual. Claro que con la particularidad de que no hay prescripción extintiva posible al quedar en veremos la exigibilidad de las obligaciones recíprocas. Distinta es la situación si la fuerza mayor tiene un

2 Acerca de la noción de incumplimiento contractual, Morales Moreno (2014).

3 Un análisis general y monográfico en Brantt Zumarán (2010).

efecto definitivo que importa la resolución del contrato o la extinción unilateral de la obligación del deudor de un bien específico. En el evento que la fuerza mayor, ya sea por el fenómeno mismo que importa o por sus efectos, involucre la frustración del contrato, es decir, carezca de sentido continuar con la relación contractual, surge el derecho a colocarle término a favor del acreedor. Esto requiere, al irrumpir la resolución judicial, que el incumplimiento provocado por la fuerza mayor sea esencial (De la Maza & Vidal, 2020; Cárdenas Villarreal & Reveco Urzúa, 2018),⁴ lo que se verifica toda vez que el propósito práctico del contrato se vea impedido.⁵ Lo mismo cabe predicar si el tiempo o plazo para ejecutar la obligación impedida por fuerza mayor era de naturaleza esencial. Nos encontramos ante un plazo esencial cuando la ejecución de la obligación debe efectuarse dentro de un término sin el cual se frustra la finalidad del contrato. Es una manifestación de incumplimiento esencial por frustración de la finalidad contractual. Verificada la circunstancia de incumplimiento esencial por la fuerza mayor, procede la resolución del contrato. La última alternativa es aquella de la teoría de los riesgos, de acuerdo con la cual la destrucción de la cosa específica que se debe pendiente de entrega solo extingue la obligación del deudor, a la cual sobrevive la obligación del acreedor, quien deberá de igual manera pagar el importe.

Todavía es posible observar la fuerza mayor desde una perspectiva diversa y menos explorada, aquella en la que el suceso y sus efectos afectan al acreedor en cuanto al ejercicio de su derecho o no solo afectan al deudor, sino también al acreedor (Grimaldi, 2009). El *casus* usual ha sido que el deudor por un hecho imprevisto imposible de resistir incumple, pero por cierto sin imputabilidad en su contra. Menos explorado ha sido si el acreedor puede prevalerse de la fuerza mayor para colocar término al contrato o suspender su obligación esencial ante el impedimento de gozar de su derecho. Es lo que podría plantearse respecto del arrendatario de un local comercial que por la decisión de la autoridad no puede llevar a cabo el goce de su derecho a utilizar la cosa para su giro comercial. O aquel comprador que por la decisión de la autoridad se ve impedido de realizar el cambio de un bien adquirido o de retirarlo sin que le sea imputable a su conducta, no pudiendo a su respecto predicarse la *mora creditoris* o el hecho del acreedor (Pizarro Wilson, 2015).

La pregunta es: ¿puede el acreedor invocar la fuerza mayor para resolver el contrato ante un caso que le imposibilita ejercer su derecho? Se trata de una mirada novedosa del asunto, quedando el acreedor facultado para resolver el contrato al verse afectado en la posibilidad de ejercicio de su derecho, aunque su deudor haya cumplido con sus obligaciones. Así ocurre si con ocasión de la decisión de la autoridad sanitaria se impide al acreedor ejercer su derecho, aunque nada impida al deudor prestar el servicio o cumplir con su obligación. Se puede imaginar que si se han arrendado bodegas por un período determinado de tiempo en el cual existe imposibilidad de desplazamiento, el arrendador tiene a disposición del arrendatario las bodegas, pero el acreedor no puede utilizarlas por prohibición de desplazamientos.

⁴ En términos amplios sobre la resolución, Mejías Alonzo (2008).

⁵ Sobre el propósito práctico, Morales Moreno (2006); De la Maza Gazmuri, Morales Moreno & Vidal Olivares (2014).

Es claro, según veremos, que esto puede todavía observarse desde la óptica de la obligación de proveer el goce tranquilo y pacífico de la cosa del arrendador considerando la funcionalidad de la cosa.

1.2. La revisión del contrato por imprevisión

Se ha planteado el problema de la posible revisión del contrato por imprevisión, institución desdeñada por la jurisprudencia y aclamada por la doctrina chilena (Momberg Uribe, 2010), sin claridad que sea pertinente ni, menos, que sea acogida. En Chile no existe un reconocimiento expreso y general de la revisión del contrato por causas sobrevinientes que importen un agravamiento desmedido en la ejecución de la o las obligaciones de una de las partes que le posibilite exigir renegociar el contrato, ya sea entre las partes o con intervención judicial o, en su expresión más radical, el término del contrato por el juez. Si bien la doctrina local ha podido imaginar situaciones en las que podría generarse una excesiva onerosidad de parte del constructor al verse compelido a aumentar de manera relevante sus costos ante la indisponibilidad de suficiente mano de obra o por el encarecimiento de esta, lo cierto es que resulta difícil configurar el requisito esencial para desencadenar la revisión del contrato, a saber, la excesiva onerosidad (Momberg Uribe, 2020). Sabemos que lo normal y deseable es el cumplimiento de los contratos, por lo que la intervención del juez para generar un reequilibrio del contrato o su término por imprevisión constituye una excepción calificada que debe aplicarse con medida y estricto carácter excepcional. No hay duda de que Chile está en deuda en su legislación, en la cual brilla por su ausencia la imprevisión, a pesar del apoyo generalizado de la doctrina, pero de eso no se sigue que para los problemas contractuales que se han generado a propósito de las decisiones de la autoridad sanitaria en la actualidad la solución sea ahora promulgar una ley especial que acoja la revisión del contrato por imprevisión.

Que no sea pertinente o, más bien, que no sea una solución eficaz a los problemas generados por el acto de autoridad, se plantea a propósito del requisito de la excesiva onerosidad, en términos que la obligación del deudor sea extremadamente difícil de cumplir debido a un hecho externo. La piedra de tope es si ha devenido en excesivamente onerosa la ejecución de las obligaciones, dado que lo deseable es la ejecución de los contratos al amparo de la fuerza obligatoria del contrato.

Acá en Chile, algunos senadores se han apresurado a redactar un proyecto de ley acogiendo la revisión del contrato por imprevisión; pero, como es obvio, si ese proyecto de ley desemboca en un texto legal rige solo al futuro, o sea, nada soluciona los problemas contingentes, solo los contratos que se celebrarán una vez vigente la ley.⁶

⁶ El proyecto de ley puede consultarse en el siguiente sitio: https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13474-07 [visitada el 15 de mayo de 2020]. El artículo que se propone es el siguiente:

«Artículo 1546 bis: Si un cambio fundamental de circunstancias imprevisibles al tiempo de la suscripción del contrato convierte su cumplimiento en excesivamente oneroso para una de las partes, que no había aceptado ese riesgo, ésta puede solicitar a su contraparte la renegociación del contrato. Durante la renegociación, las partes continúan obligadas a cumplir sus obligaciones.

De ahí el escepticismo respecto de los llamados al legislador para que intervenga, en el ámbito de los contratos, más allá del caso fortuito.

2. Los remedios contractuales frente al hecho del príncipe

En suma, la teoría general del contrato ha estado presente, como siempre, con miradas plurales, unas más eficientes que otras, mostrando la riqueza del derecho contractual ante incumplimientos que tienen su causa en la decisión de la autoridad bajo la calificación jurídica del hecho del príncipe. Pese a las soluciones que pueden encontrarse en el derecho común, se ha clamado la intervención del legislador, pero sabemos que eso es para el futuro, pues los contratos vigentes son impermeables, en una gran medida, a la intervención del legislador. La irretroactividad de la ley, sobre todo en relación con los derechos emanados de los contratos garantizados con la protección del dominio, incluso con amparo constitucional, dejan los contratos en gran medida encapsulados frente a la intervención del legislador. Al menos no existe duda que así es para los efectos acaecidos, quedando solo discutir si podría la ley nueva afectar la ejecución de derechos con posterioridad a su entrada en vigor al amparo de la teoría de las situaciones jurídicas propuesta por Roubier (1960). Sin perjuicio de esto, el remedio podría ser peor que la enfermedad. El remedio legal se orientaría —así ocurrió en Francia y España para apoyar al arrendatario—, pero este no necesitaría ayuda, si consideramos que el derecho común y especial le permite suspender el pago de la renta, aunque con el riesgo de término del contrato. Ya sea que se asuma que existe incumplimiento de la obligación del arrendador al comprender la obligación de proveer el goce en términos funcionales, la excepción de contrato no cumplido o, como se verá, la legislación especial del arrendamiento o aun lo expresado a propósito de la fuerza mayor en el goce de los derechos del acreedor. El legislador, al menos en la experiencia comparada, ha ido en ayuda de los arrendadores, ratificando la obligación de pago y posponiendo la obligación de pago de los arrendatarios o tolerando a los empresarios trasladar el cumplimiento a futuro sin que el consumidor pueda exigir la restitución.⁷ Son políticas públicas para evitar el colapso económico, pero que van contra el derecho común de los contratos. Lo relevante desde el punto de vista de los contratos no es el Covid-19, sino los actos de autoridad que afectan su ejecución. Los contratos no se contagian, los contratos no se han podido cumplir o

Si la renegociación no es aceptada o fracasa, las partes pueden poner término al contrato, en las condiciones y en el plazo que decidan, o solicitar de común acuerdo al juez que proceda a su adaptación. A falta de acuerdo dentro de un plazo razonable, el juez podrá, a petición de una de las partes, revisar el contrato o ponerle término, en las condiciones y en el plazo que él determine».

Un proyecto anterior presentado por el senador Bianchi, Boletín N° 11.532-2017, puede consultarse en: https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=11532-07 [visitada el 15 de mayo de 2020].

7 En Portugal, Ley N° 1-A/2020 de 19 de marzo de 2020, y Ley N° 4-A/2020, de 6 de abril de 2020; en España, Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo de 2020; en Francia, Ordonnance 2020/316, de 25 de marzo de 2020.

se han cumplido de manera distinta o tardía. Los contratos han padecido los efectos de las decisiones administrativas que han impedido o dificultado su ejecución. Y eso ha suscitado recurrir a los mecanismos usuales que ofrece el derecho de los contratos. Esos mecanismos, sin embargo, están pensados desde la perspectiva del deudor, quien, ya sea que no puede cumplir el contrato, lo puede hacer en términos diversos y en forma más gravosa, o lo hará de manera tardía.

La fuerza mayor, la revisión del contrato por imprevisión, la suspensión del contrato o las reglas especiales a propósito del arrendamiento se plantean como defensas del deudor en relación con los diversos remedios contractuales.

En síntesis, lo que debemos tener claro es cómo funcionan los remedios contractuales frente al hecho del príncipe.

En relación con la indemnización de perjuicios, víctima privilegiada de la fuerza mayor, esta proscribiera sí o sí la indemnización de perjuicios, pues mal podría indemnizar el deudor daños que no han sido el resultado de su conducta, sino del acto del príncipe, la autoridad. O sea, el daño que se le causa al acreedor no dice relación con la conducta del deudor, sino que se conecta de manera causal con la decisión de la autoridad sanitaria, lo que impide cualquier indemnización a su favor.

En cuanto a la ejecución en naturaleza o cumplimiento específico de la pretensión, la fuerza mayor impide el cumplimiento forzado del contrato, sea porque suspende la exigibilidad o porque habilita a la resolución del contrato o, caso extravagante, extingue el contrato por destrucción de la cosa. Son estas las posibilidades, según ya indicamos. La extinción unilateral de la obligación opera solo respecto a la teoría de los riesgos, lo que aparece recogido en el Código Civil chileno en los artículos 1550 y 1820, el primero en términos generales y el segundo para la compraventa, al indicar, ambos, que el deudor de la cosa específica que se debe, si pendiente la entrega se destruye por fuerza mayor o caso fortuito, extingue su obligación, pero no la obligación recíproca, quien debe de igual manera cumplir con su obligación. Distinto es en otras obligaciones que no recaigan en una especie o cuerpo cierto, dado que nuestro Código Civil no determinó reglas generales que regularan esa hipótesis. En atención a los efectos generales, la fuerza mayor que impide la ejecución de manera transitoria importa una inexigibilidad por el tiempo que perdure el obstáculo, pero si es definitiva la imposibilidad o ya no tiene sentido cumplir más tarde, se posibilita la resolución del contrato. Pero en ninguna de esas hipótesis habrá derecho a la ejecución forzada del contrato.

El cumplimiento del contrato se ve torcido también por la defensa de la excepción de contrato no cumplido, la cual enerva la acción de cumplimiento, pero no impide la resolución si se verifica un incumplimiento resolutorio, ya sea conforme la cláusula o el derecho común de la resolución.

También se ha hablado de la excepción de contrato no cumplido o suspensión del cumplimiento, un atajo a la ejecución forzada en caso de inexigibilidad de la obligación por incumplimiento recíproco (Mejías Alonzo, 2014; De la Maza Gazmuri & Vidal Olivares, 2019). Fundada en la teoría de la contraprestación, no hay exigibilidad si a su turno se ha incumplido. En Chile se ha asentado esta institución en el artículo 1552 del Código Civil, que recoge el principio «la mora purga la mora» ante el incumplimiento recíproco. Para que opere esta excepción, quien reclama la

ejecución del contrato ya sea por la vía extrajudicial o judicial mediante la acción de cumplimiento debe, a su turno, también encontrarse en situación de incumplimiento, lo que justifica el repudio del requerido de pago o cumplimiento que se abstenga de ejecutar su obligación. La excepción de contrato no cumplida opera, por ende, no solo en el ámbito judicial, en cuyo caso se opone por vía de excepción en el escrito de contestación, sino también en el terreno extrajudicial; de ahí que sea más conveniente denominarla suspensión de cumplimiento, pues en estricto rigor si se reclama fuera de juicio que se cumpla y el deudor se niega alegando que su acreedor recíproco también ha incumplido, no pone una «excepción» sino que justifica su incumplimiento mediante la suspensión de la exigibilidad de su respectiva obligación en atención a que la parte requirente no ha ejecutado la suya. La cuestión ahí relevante es si en las situaciones que ha provocado la decisión de la autoridad se verifica efectivamente un incumplimiento recíproco. Es lo que se ha discutido a propósito del arrendamiento de locales comerciales achacándole al arrendador que incumple al no proveer el goce de la cosa en los términos acordados integrándose en el contrato que el inmueble no solo sirva de manera material, sino también funcional al negocio del arrendatario. Desde ese punto de vista, al incumplir el arrendador con esta obligación de proveer el goce funcional de la cosa sería inexigible la obligación del pago de las rentas. En suma, el problema que presenta esgrimir la excepción de contrato no cumplido o suspensión de cumplimiento radica en que asume un incumplimiento recíproco, lo que exige probar que quien demanda la ejecución de la obligación, a su turno, se encuentra también en situación de incumplimiento. Observamos que el hecho del príncipe mediante la decisión de la autoridad sanitaria puede justificar el incumplimiento del pago de las rentas siempre y cuando quien exige el pago esté en estado de inejecución. En cambio, tratándose de la obligación dineraria, salvo hipótesis más bien académicas o de extravagante ocurrencia, no debiera entenderse que se suspende por la decisión de la autoridad sanitaria. Lo usual ha sido sostener que a las obligaciones dinerarias no se les aplica la fuerza mayor como causal de inexigibilidad; dado su carácter de bien de género y fungible, suele señalarse que su cumplimiento siempre sería posible. Si bien esta apreciación categórica es discutible, pues bien puede ocurrir que el pago en dinero, aun disponiendo de los recursos, se vea impedido por razones de la autoridad que impidan materializarlo, dicha inexigibilidad tendrá siempre vocación temporal. No hay una regla expresa o clara en el Código Civil que permita sostener que la fuerza mayor no opera en ningún caso para las obligaciones dinerarias, aunque, como se advierte, se trata de situaciones temporales y más bien excepcionales en las que el deudor de pago de la obligación en dinero pueda verse imposibilitado de ejecutarla.

La resolución del contrato frente a la imposibilidad sobreviniente es viable si el incumplimiento que se genera por el hecho del príncipe es esencial, sea porque se frustra la finalidad del contrato o la prestación se hace imposible. En ambas situaciones el incumplimiento es esencial, pues carece de sentido continuar con la relación contractual, abriéndose la puerta al acreedor para colocar término al contrato mediante la resolución, ya sea conforme la cláusula resolutoria o las reglas previstas para la resolución judicial.

Esta apretada panorámica del funcionamiento de los remedios contractuales, la indemnización de perjuicios proscrita en términos absolutos, la ejecución forzada suspendida o excluida de manera definitiva, la procedencia de la excepción de contrato no cumplido si se verifica el incumplimiento recíproco y la resolución procedente en la hipótesis de incumplimiento esencial, nos muestra cómo operan los remedios contractuales tradicionales frente a una hipótesis, en la especie, aquella del hecho del príncipe, como evento sobreviniente en la ejecución de los contratos.

Sin embargo, no solo el derecho común ha sido llamado para resolver los problemas generados por el hecho del príncipe en los contratos: también se ha despertado el derecho especial, en concreto, las reglas del arrendamiento.

3. El contrato de arrendamiento frente al «hecho del príncipe»

En el ámbito de los contratos especiales, la atención ha estado en el arrendamiento de locales comerciales. En el terreno del contrato de arrendamiento, de cosas y del derecho común, no así de inmuebles urbanos, el rescate de las reglas del Código Civil ha sido fructífero, pues si bien existen algunas diferencias en cuanto a la justificación, los profesores locales, sin darle tanta pasión al asunto, han concordado en que debe suspenderse el pago de las rentas, mas no posponerse, sino que no habría derecho al cobro, pues la obligación de pago no tendría contraprestación, se vería frustrado el propósito del contrato, aplicaría la excepción de contrato no cumplido o aun el arrendador no cumpliría con la obligación de colocar al arrendatario en posición del uso y goce, no material, sino apto para llevar a cabo el negocio. Los profesores De la Maza y Vidal entienden que en el arrendamiento comercial se garantizaría por el arrendado el uso comercial y no cualquier uso, pues el arrendador no solo debe la entrega, sino también la mantención de la cosa para el fin objeto del arriendo (De la Maza Gazmuri & Vidal Olivares, 2020). El artículo 1924 N° 2 dispone que el arrendador debe «mantener la cosa en estado de servir para el fin a que ha sido arrendada». Por consiguiente, afirman que si debido a la decisión de la autoridad se frustra la finalidad para la cual fue arrendado el bien, el arrendatario, ante incumplimiento de su arrendador, podrá colocar término al contrato o, si la inejecución no es grave, oponer la excepción de contrato no cumplido, suspendiendo el cumplimiento de su obligación recíproca, el pago de las rentas. Por su parte, el artículo 1927 del Código Civil establece que:

La obligación de mantener la cosa arrendada en buen estado consiste en hacer durante el arriendo todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario. Pero será obligado el arrendador aun a las reparaciones locativas, si los deterioros que las han hecho necesarias provinieron de fuerza mayor o caso fortuito, o de la mala calidad de la cosa arrendada. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas obligaciones.

La conclusión o interpretación del artículo 1924 N° 2 del Código Civil, en cuanto quedaría obligado el arrendador no solo a mantener la cosa en estado de servir la

cosa para el fin contratado, incluyendo que funcione el negocio del arrendatario, ha sido criticada al contrastarla con el artículo 1927 del mismo texto legal, donde se clarificaría que la obligación de dejar en estado de servir la cosa queda circunscrita a que reúna las condiciones materiales para que le sirva al arrendatario, pero no habría una garantía de que el arrendatario podrá desarrollar su actividad comercial. Sin embargo, otros autores han reafirmado la tesis, recurrido a la regla del artículo 1932, conforme la cual el arrendatario puede colocar término al contrato si existe un vicio o defecto en la calidad de la cosa que le impide hacer uso de ella para lo que fue arrendada (Corral Talciani, 2020). El profesor Momberg, sin recurrir a las reglas del arrendamiento, ha traído a colación la tesis de la frustración del contrato, lo que permitiría de manera excepcional colocar término al contrato o suspender su ejecución de manera temporal (Momberg Uribe, 2020). Todavía el profesor Alcalde plantea la misma conclusión esgrimiendo la conmutatividad de las obligaciones (Alcalde Silva, 2020), lo que acarrea la facultad del arrendatario de suspender el pago de las rentas.

Este consenso, aunque agarrando distintas herramientas de la caja, posibilita justificar la suspensión del pago de las rentas o incluso el término del contrato por parte del arrendatario que se ve imposibilitado de realizar su giro comercial.

O sea, acá es el acreedor —por ejemplo, el arrendatario— el que se ha visto despojado de la posibilidad de realizar el giro, no del uso y goce del inmueble, pues mantiene las llaves en su poder, mas no podrá prestar el servicio a terceros para lo cual arrendó el bien, lo que deriva en un bien inútil por el cual debería pagar, aunque esté imposibilitado de realizar su negocio.

No hay tanta novedad en estos planteamientos a los cuales se adhiere en sus diversos fundamentos, pues la lógica nos lleva a concluir que el arrendatario del local comercial no debiera pagar rentas por algo que está imposibilitado de usar en los términos que se tuvieron en vista a la época de celebrar el contrato.

En la época de la filoxera, los contratos de arrendamiento rural fueron terminados o suspendido el pago de la renta, pues «de qué sirve la tierra si las uvas están muertas» (Dissaux, 2020, p. 887).

Quizá acá podemos decir que «lo más simple es lo más corto», y ante los problemas de caracterización de la fuerza mayor, la incerteza de la aplicación de la imprevisión, mejor recurrir a las reglas del Código Civil, y en eso el artículo 1932 puede ser útil, al entender que habría incumplimiento del arrendador al verse impedido el arrendatario de gozar del bien en términos funcionales y no solo materiales (Testu, 2020, p. 85). Esta regla en relación con el artículo 1924 N° 2, conforme la cual el arrendador se obliga a mantener la cosa «en el estado de servir para el fin a que ha sido arrendada», configuran un argumento plausible para suspender la obligación del arrendatario de pagar la renta o incluso provocar la resolución del contrato.

Esta es la aproximación desde el derecho común y especial.

No sabemos si habrá juicios en este ámbito, o tantos como anhelan los abogados y vaticinan los profesores. Mi sospecha es que no tantos como se cree o quiere. Si bien el problema existe, porque habrá incumplimiento de pago de rentas, tal como ha ocurrido, no pocos arrendadores negociarán el precio, ya sea suspendiendo la obligación por unos meses o rebajando el importe a los costos fijos. Es decir, el equilibrio de la relación contractual se realizará por una modificación temporal del

contrato con acuerdo de las partes. Es la solución, me parece, más conveniente; algo así como un acuerdo para aplicar la revisión del contrato por imprevisión. Estas negociaciones una vez que ya se celebró el contrato muestran el interés en la redacción de cláusulas que aborden los problemas sobrevinientes a la celebración del contrato.

Por lo mismo, un aspecto algo olvidado en estos asuntos, pero que surgirá con fuerza en los juicios que se presenten, al menos en aquellos contratos sofisticados, de largas negociaciones, de páginas y páginas de cláusulas, será delimitar cuál fue la distribución de los riesgos, que se indica en la cláusula de fuerza mayor, o en aquella *hardship*, o la asunción de riesgos, quién carga con la fuerza mayor. Esto llevará no poco trabajo de hermenéutica contractual en aquellas cláusulas más generales y menos en los libretos de contratos anglosajones que en más de alguna página se deben mencionar las epidemias como hipótesis de fuerza mayor o las decisiones de autoridad. No es extraño que esto ocurra en los contratos de construcción de gran envergadura, y eso plantea la necesidad de su puesta en práctica, pues es usual que se establezca un procedimiento para hacerla valer, mediante la información de manera más o menos formal según el texto de la cláusula.

Referencias

Alcalde Silva, Jaime (2020). Asignación de riesgos en tiempos de Covid-19: una mirada desde el arrendamiento. Disponible en <https://estadodiario.com/al-aire/asignacion-de-riesgos-en-tiempos-de-covid-19-una-mirada-desde-el-arrendamiento/> [visitada el 16 de mayo de 2020].

Antommattei, Paul-Henri (1992). *Contribution à l'étude de la force majeure*. Paris: LGDJ.

Brantt Zumarán, María Graciela (2010). *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*. Santiago: LegalPublishing.

Carrasco Perera, Ángel (2020a). Permítanme que les cuente la verdad sobre el COVID-19 y la fuerza mayor. Disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Permítanme_que_le_cuenta_la_verdad_sobre_COVID-19_y_fuerza_mayor.pdf [visitada el 17 de mayo de 2020].

Carrasco Perera, Ángel (2020b). Locales de negocio cerrados por COVID: la barbarie o el lobby hacen su agosto. Disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Locales_de_negocio_cerrados_por_COVID-la_barbarie_o_el_lobby_hacen_su_agosto.pdf [visitada el 17 de mayo de 2020].

Corral Talciani, Hernán (8 de mayo de 2020). Un quiltro entre perros grandes: sobre los efectos del covid-19 en los contratos de arrendamiento de locales comerciales. *El Mercurio Legal*. Disponible en <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2020/05/08/Un-quiltro-entre-perros-grandes-sobre-los-efectos-del-covid19-en-los-contratos-de-arrendamiento-de-locales-comerciales.aspx> [visitada el 15 de mayo de 2020].

De la Maza Gazmuri, Íñigo, Morales Moreno, Antonio Manuel, & Vidal Olivares, Álvaro (2014). Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema. *Ius et Praxis*, vol. 20, N° 1, pp. 30 y ss.

De la Maza Gazmuri, Íñigo, & Vidal Olivares, Álvaro (2018). *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Thomson Reuters.

De la Maza Gazmuri, Íñigo, & Vidal Olivares, Álvaro (2020). Arrendamientos comerciales y caso fortuito. Disponible en <https://idealex.press/opinion/columnas/arrendamientos-comerciales-y-caso-fortuito/> [visitada el 16 de mayo de 2020].

Dissaux, Nicolas (2020). L'épidémie, cette perte. *Dalloz*, point de vue.

Elorriaga de Bonis, Fabián (2002). *Teoría de los riesgos. Estudios de reforma al Código Civil y el Código de Comercio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Grimaldi, Cyril (2009). La forcé majeure invoquée par le créancier dans l'impossibilité d'exercer son droit. *Dalloz*, N° 19, pp. 1297 y ss.

Mejías Alonzo, Claudia (2008). *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago: LegalPublishing.

Mejías Alonzo, Claudia (2018). El derecho común presupuesto en el ordenamiento jurídico nacional. Una revisión de su contenido. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 3, pp. 621-646.

Momberg Uribe, Rodrigo (2010). La revisión del contrato por las partes: el deber de renegociación como efecto de la excesiva onerosidad sobreviniente. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 37, N° 1.

Momberg Uribe, Rodrigo (2020). La obligación del arrendatario durante la pandemia por coronavirus. Disponible en <https://www.alessandri.legal/obligacion-arrendatario-durante-la-pandemia-por-coronavirus/> [visitada el 17 de mayo de 2020].

Morales Moreno, Antonio Manuel (2006). El 'propósito práctico' y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro. *La modernización del derecho de obligaciones*. Cizur Menor: Thomson-Civitas.

Pantaleón Prieto, Fernando (2020). Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades comerciales. Disponible en <https://almacenederecho.org/arrendamiento-de-local-de-negocio-y-suspension-legal-de-actividades-empresariales/> [visitada el 17 de mayo de 2020].

Pizarro Wilson, Carlos (2015). El hecho del acreedor. *Estudios de derecho civil X, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014*. Santiago: Thomson Reuters La Ley.

Rochfeld, Judith (2004). Les modes temporels d'exécution du contrat. *Revue des Contrats*.

Rochfeld, Judith (2011). *Les grandes notions du droit privé*. Paris: Thémis Droit-Puf.

Roubier, Paul (1960). *Le droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*. (Deuxième édition). Paris.

Tapia Rodríguez, Mauricio (2019). *Caso fortuito o fuerza mayor*. (Segunda edición). Santiago: Thomson Reuters.

Testu, François-Xavier (2020). La dette de loyers commerciaux pendant la période de fermeture ordonnée par la gouvernement. *Revue Dalloz*.

Vidal Olivares, Álvaro (2006). El incumplimiento del vendedor y la transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías. *Revista de Derecho*, vol. XXVII, N° 1, pp. 235-247. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

**¿Cómo enfrentar los efectos del COVID-19 en
una legislación que no reconoce explícitamente
la «teoría de la imprevisión»?**

Enrique Alcalde Rodríguez
Pontificia Universidad Católica de Chile

Conforme avanza el coronavirus, queda de manifiesto que son numerosos los contratos que no podrán ejecutarse, al menos en los términos originalmente convenidos.

¿Qué sucede con la responsabilidad de aquel deudor que no cumple en razón de esta circunstancia, o bien con la de aquel cuyo cumplimiento se le hace excesivamente oneroso, de manera que se rompe el primitivo equilibrio contractual?

Como es sabido, la llamada «teoría de la imprevisión» es una causal de modificación y aun de extinción de las obligaciones que se produce cuando, pendiente la prestación, su valor es notablemente alterado por un hecho normalmente imprevisible al tiempo de contraerse (Penailillo, citado en Caprile, 2007, p. 142).

Creemos innecesario detenernos en un análisis respecto de las condiciones y requisitos que deben concurrir a efectos de que tenga aplicación la referida teoría, siendo un hecho cierto el que nuestra legislación no la consagra de un modo explícito, así como la circunstancia de que, hasta ahora, la Corte Suprema le ha negado cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

En contra de la admisión de la «teoría de la imprevisión» se suele decir, entre nosotros, que los preceptos particulares que reconocen parte de sus supuestos y efectos (*v.gr.*, artículos 2003 [Regla 2.^a], 2180, 2227 del Código Civil) son normas de *excepción* que, por lo mismo, revelarían que nuestro legislador no la acoge de un modo general. Por la inversa, y en nuestra opinión, tales preceptos pueden dar cuenta de cuál es el *espíritu general de la legislación* en la materia, especialmente cuando de contratos de tracto sucesivo o ejecución diferida se trate.¹

En este último sentido, pensamos que los problemas que aquella teoría procura resolver pueden ser analizados a la luz de los *principios generales del derecho* y las normas que gobiernan la *responsabilidad contractual*.

Si partimos de la base de que nuestro ordenamiento legal no contempla precepto alguno que, con carácter general y en forma *explícita*, resuelva los problemas —por cierto innegables— que suscita la denominada «imprevisión», forzoso será concluir que existe, entonces, un *vacío* o *laguna legal* en la materia. Así las cosas, corres-

1 Pensamos que no estimarlo así sería equivalente a sostener, por ejemplo, que la «doctrina de la apariencia» no tiene consagración en Chile y que los artículos 1490, 1491, 1576, 1739, 2117, 2303 y 2468, entre otros, no demuestran su recepción entre nosotros sino que serían normas particularísimas y excepcionales cuyo alcance se limita a los estrechos contornos que fija el tenor literal de cada una de estas disposiciones; cuestión que nadie jamás ha planteado.

ponderará aplicar el artículo 24 del Código Civil, conforme al llamamiento que dicha norma hace al *espíritu general de la legislación y a la equidad natural*.

Entre los preceptos a los que debe sujetarse el juez al interpretar las leyes, y que básicamente están contenidos en el Título Preliminar del Código Civil, la primera regla (artículo 19, inciso 1) viene dada por la necesidad de determinar el «sentido» (*verus sensu*) de la ley, lo cual, como es natural, exige previamente conocerlo.

Para los efectos que aquí se analizan, baste por ahora recordar que el «sentido» de la ley dice relación con la búsqueda y determinación de su mismo fundamento objetivo, lo cual obviamente supone conocer también su propia finalidad, «espíritu» o *ratio legis*. En este plano, los *principios generales del derecho* nos permiten adentrarnos en la intimidad de las normas legales, de modo tal de apreciar el sentido del ordenamiento y, por vía de consecuencia, el significado de los preceptos que lo integran (Urbano, 1998, p. 148).

Sin perjuicio de que exista un orden formal de las reglas de interpretación que recoge nuestro Código Civil, la experiencia nos demuestra que aquellas situadas al final de su enumeración, esto es, el «espíritu general de la legislación» —que por nuestra parte asimilamos a los «principios generales del derecho»— y la «equidad natural», en los hechos, son las primeras que considera el juez al momento de interpretar la ley. En efecto, resulta a nuestro juicio impensable imaginar que al representarse —y por ende *interpretar*— el derecho aplicable a un caso, el tribunal relegará a un plano secundario los criterios de unidad y fundamentación del ordenamiento jurídico en que se halla inmerso, así como las exigencias que se derivan de su función primordial e indelegable de hacer justicia.

Las circunstancias anotadas nos permiten afirmar, basados exclusivamente en los datos que aporta el funcionamiento real y práctico de la actividad judicial, que el carácter *subsidiario* que se pretende atribuir a los principios generales del derecho únicamente se restringe —como por lo demás se infiere del propio tenor literal del artículo 24 de nuestro Código— a las hipótesis en que existe un *vacío* o *laguna legal*, en cuyo caso resulta imperativo fallar conforme al «principio constitucional de inexcusabilidad». Empero, ello no importa de manera alguna que, en los restantes casos, los tribunales deban prescindir del espíritu de la legislación ni, menos, de la equidad, la cual, en definitiva, identificándose con lo justo del caso concreto, constituye preocupación esencial de toda jurisdicción.

En el sentido que se viene exponiendo, nuestros tribunales ordinarios de justicia no han dudado en reconocer aplicabilidad *directa* a los «principios generales» con el fin de resolver contiendas concretas sometidas a su conocimiento.²

En la misma línea que se ha reseñado, pero en referencia al sistema anglosajón, Esser nos dice que «el razonamiento jurídico no se realiza *oficialmente* en el plano de los principios, y se diría que los principios no son ni patrón ni objeto de la resolución judicial, *quoad auctoritatem iuris*». Pero, aunque el juez «prudente» procura y sabe evitar las exposiciones y formulaciones de principios, no es menos cierto que para él y para sus críticos los principios están siempre en el fondo del

2 En este sentido puede verse Alcalde (2003, pp. 146-150).

caso. Ellos son los que determinan el tratamiento dado al caso particular, aunque en lugar de «*principles*» se citen «*precedents*». Y aunque solo la masa de estos constituya oficialmente el Derecho, ocurre lo mismo que con la masa textual de nuestros códigos: «aplicables» lo son solo los textos, pero lo que decide su aplicación en derecho son los principios que existen antes y más allá de los textos; solo que el fanático del texto oculta tal estado de cosas con su intento de encontrar también los principios en el texto, «sin mirar más allá de las cuatro esquinas del Código» (Esser, 1961, p. 251).³

En lo que respecta a nuestro medio jurídico, en análogos términos se expresa Squella, quien escribe:

Es cierto, entonces: Bello dijo que el juez es esclavo de la ley. También es cierto que la mayoría de nuestros magistrados continúa repitiendo esta frase, o bien parapetándose tras ella. Pero una cosa puede ser lo que una autoridad dice que hace, y otra lo que hace realmente. Y ello no porque esa autoridad —en este caso los jueces— sea redondamente mentirosa, sino porque ninguna autoridad se hace por lo común plenamente consciente de los verdaderos motivos que guían sus decisiones. (Squella, 1987, pp. 254-255)

A la luz de lo comentado, nos parece, pues, que resulta de toda evidencia que la determinación del *sentido* y *alcance* de una ley en especial o del ordenamiento jurídico en general reclama, de un modo indispensable, recurrir a los principios generales del derecho. Son precisamente estos los que a la postre permiten incardinar la ley dentro del sistema jurídico, dotando a sus diversas partes de la necesaria unidad y coherencia que demanda cualquier concepción que se adopte respecto al Derecho.

De esta manera, ya enunciado el rol que representan los principios generales del derecho y su aplicabilidad *directa* a los conflictos entre partes, no solo ante vacíos legales sino que frente a cualquier función hermenéutica, identificaremos a continuación aquellos que estimamos involucrados de un modo especial en el ámbito que comentamos.

1. Intangibilidad del contrato y principios que gobiernan la responsabilidad contractual

La materia en examen se vincula, fundamentalmente, con el denominado principio de la «intangibilidad del contrato», que se expresa en la idea de que los pactos son obligatorios y deben cumplirse sin admitir modificación unilateral o judicial de sus términos («*pacta sunt servanda*»).

3 Ejemplos de lo dicho pueden también hallarse en precedentes judiciales que comentan Dworkin (1984, p. 73) y Olgiati (1977, p. 320). En definitiva, creemos urgente no perder de vista que «lo que busca el abogado y el juez es lo justo, la justicia implícita en toda controversia sometida al dictamen de un tribunal, y ésta no se logra, necesariamente, a través de la aplicación estricta de la ley. Se logra aplicando el derecho en la amplitud y coherencia que, la más de las veces, implica encontrar esta justicia fuera de los alcances de una ley o de leyes determinadas y particulares» (Fuentes, 2000, p. 801).

A la consagración de dicho principio acude con prontitud el texto del artículo 1545 del Código Civil, conforme con el cual «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales».

Sin embargo, y no obstante la precisión del texto, cabe preguntarse si tal principio impide estimar concluida una relación contractual (o hacer procedente su revisión) cuando circunstancias graves e imprevistas dificultan sustancialmente el cumplimiento de la obligación para una de las partes, o bien la tornan más gravosa en términos groseros. Y la pregunta es pertinente porque bajo una superficial mirada podría estimarse que el tenor literal del artículo 1545 impide arribar a tal conclusión.

Con todo, se hace menester recordar que la letra de la ley solo adquiere plenitud de sentido dentro del discurso en el que se integra el precepto aislado. Como la palabra por sí sola, la letra de un precepto aislado no expresa nada, del mismo modo que «la huella única, simultáneamente planteada en cien senderos, no conduce a parte alguna». Y es que en el ámbito jurídico ninguna disposición aislada, ningún precepto por sí solo, tiene plenitud de significado. Al decir de Celso, «*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*» (Herrero de Miñón, 1979, p. 1237).

Ahora bien: como apunta Díez-Picazo, la prestación puede entenderse en dos sentidos: a) como comportamiento efectivo del deudor que se confunde con el propio cumplimiento de la obligación, y b) como plan o proyecto ideal contemplado inicialmente por las partes cuando nace la relación obligatoria y que se aspira que se haga realidad en un momento posterior. Para el jurista español, este plan o proyecto es el verdadero objeto de la obligación y no la cosa o el hecho sobre la que recae; plan o proyecto que en su ejecución se integra por la diligencia que, por un lado, sirve para determinar pormenorizadamente su contenido y, por otro, impone al deudor una serie de deberes accesorios que tienen por objetivo la actividad previa necesaria para promover e impulsar la prestación y la satisfacción (citado por Vidal, 2007, p. 45).

En la misma línea, Vidal hace ver que:

la diligencia promotora del cumplimiento consiste en toda la actividad necesaria para que la prestación —contemplada inicialmente como un proyecto ideal— se convierta en una realidad [...] y el deudor únicamente se exonera de ella [culpa] cuando acredita el caso fortuito, que sobreentiende la prueba de un suceso o evento externo imprevisible al tiempo del contrato, inevitable e insuperable en el momento mismo de la ejecución de la prestación, todo ello apreciado según la diligencia promotora que le hubiese sido exigible al deudor. (Vidal, 2007, pp. 46-47)

Siguiendo en esta parte la opinión de Rodríguez Grez, ocurre, pues, que la *obligación contractual* debe ser visualizada como un *deber de conducta típica referido a una prestación*, es decir, la obligación supone observar una conducta descrita o tipificada en la ley tanto en cuanto a su eficacia, como respecto del cuidado, actividad y diligencia que han de desplegar las partes para satisfacer el contrato.

En otras palabras, toda obligación está regulada en la ley, en términos tales que se impone al deudor un cierto grado de diligencia, mediante la configuración de la responsabilidad con culpa (grave, leve o levísima), describiéndose así el comportamiento que debe observar el deudor y el grado de cuidado y eficacia que debe imprimir en el desarrollo de la conducta debida.

Por ello —afirma el autor citado—, el deudor no contrae una obligación para satisfacerla *objetivamente*, siempre y sin excusa posible. Él solo responde si su comportamiento no se ajusta a la diligencia y actividad que le impone la ley o la convención. Por lo mismo, no hay obligación alguna en el Derecho que no lleve aparejada, como la sombra al cuerpo, un determinado nivel de eficiencia (diligencia), la cual forma parte de la obligación misma. Y es también por ello que no hay obligaciones objetivas —que siempre deban cumplirse y en cualquier evento— sino obligaciones *subjetivas*, esto es, referidas a una determinada responsabilidad, diligencia, actividad y cuidado del deudor.

A consecuencia de lo anterior, el deudor cumplirá el contrato si verifica la conducta debida (aunque a la postre no realice la prestación adeudada) ya que, por ejemplo, si desplegando el comportamiento a que se obligó no consigue ejecutar la prestación, quedará eximido de responsabilidad.

Lo dicho es relevante, toda vez que puede no concurrir para exonerarlo de responsabilidad un caso fortuito o fuerza mayor, bastando que el deudor desarrolle la conducta debida, despliegue la actividad, diligencia, cuidado o eficiencia que la ley le exige para que se ajuste estrictamente a ella. Todo ello, en definitiva, porque el deudor responde de la *conducta debida* y no de la prestación o «resultado» a que dicha conducta está referida.

Se sigue de lo dicho que el principio «*pacta sunt servanda*» no es una regla rígida que encasille al deudor y lo ate a una prestación, por cuanto la obligación vincula al deudor a un deber de conducta, a un cierto comportamiento, debidamente tipificado o descrito en la ley. Por eso, también, la fuerza obligatoria del contrato no impone la ejecución de una prestación, ya que se satisface con el despliegue de una conducta típica debida.

Ahora bien: el caso fortuito o fuerza mayor puede generar un impedimento absoluto que imposibilite al deudor cumplir la obligación contraída, en cuyo caso esta se extinguirá por la *imposibilidad en la ejecución*. Pero puede el caso fortuito crear una imposibilidad *relativa*, en cuanto sea posible atajar, objetivamente y en ciertos casos, sus efectos impeditivos para el cumplimiento de la obligación. En esta segunda hipótesis, la obligación (y el contrato que de ella emana, si fuera el caso) puede extinguirse si, *con la diligencia, cuidado y actividad que la ley impone al deudor*, este no está en situación de evitar los efectos del caso fortuito; pero la obligación subsistirá si, atendido el grado de diligencia antedicho, el deudor está en situación de impedir los efectos del hecho imprevisto e irresistible.

En consecuencia, la *irresistibilidad* del caso fortuito existe en relación con el hecho mismo (terremoto, inundación, naufragio, orden de autoridad, hecho de un tercero que escapa al control del deudor, etcétera) y no en relación con la obligación que debe cumplir el deudor. Y así, también, se colige que la imposibilidad de cumplir que crea un caso fortuito es *subjetiva*, porque depende de la diligencia o

deber de conducta de que responde el deudor. De este modo, puede un mismo caso fortuito poner al deudor en la imposibilidad de cumplir en algunos casos; y a otro deudor en situación de cumplir, no obstante tratarse, *objetivamente*, del mismo hecho imprevisto e irresistible.

Si relacionamos lo expuesto con el grado de diligencia o cuidado de que responde el deudor, concluiremos que aquel que responde de *culpa grave* no está obligado a evitar los efectos de un caso fortuito, salvo que pueda hacerlo con la diligencia que las personas negligentes y de poca prudencia emplean en sus negocios propios; quien responde de *culpa leve* no está tampoco obligado a impedir los efectos del caso fortuito, salvo que pueda hacerlo con la diligencia y cuidado que los hombres ordinariamente emplean en sus negocios; y quien responde de *culpa levisima* no tiene el deber de atajar los efectos del caso fortuito, a menos que pueda hacerlo con la diligencia y cuidado que un hombre juicioso emplea en la gestión de sus negocios importantes. La «imposibilidad» a que se refiere la ley dependerá, entonces, no solo del hecho mismo, sino, primordialmente, de la diligencia, cuidado, actividad y eficiencia que la ley exige al deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

Si no se admitiera lo señalado en precedencia y se considerara, por tanto, el caso fortuito como generador de una imposibilidad *absoluta*, ello importaría *asimilar* la situación de *todos* los deudores, cualquiera que sea el grado de diligencia que les imponga la ley o de la culpa de que respondan. Paralelamente, significaría transformar la obligación en una conducta destinada a obtener una prestación sin atender a la diligencia y cuidado que el contrato o la ley imponen al deudor (Rodríguez, 1992).

En definitiva, las ideas expuestas hacen innecesaria una consagración explícita y a nivel legislativo de la «teoría de la imprevisión», como remedio para hacer frente a un desequilibrio grave y sobreviniente de las prestaciones contractuales ocurrido con ocasión de circunstancias imprevistas.

Por otra parte, es posible arribar a similares conclusiones mediante una aproximación a la noción de caso fortuito que no implique calificar de tal únicamente al acontecimiento que impide, en términos *absolutos*, ejecutar las obligaciones emanadas del contrato.

Como es sabido, algunos autores exigen que el impedimento en el cual se traduce el caso fortuito revista una naturaleza tal que torne en *absolutamente* imposible la satisfacción del acreedor por parte del deudor. En consecuencia, no revestiría esa naturaleza aquel hecho que, sin impedir ejecutar la prestación, la hace no obstante excesivamente onerosa, en términos de provocar una grave ruptura en el primitivo equilibrio contractual. Así, por ejemplo, Bonnecase define el caso fortuito como:

una variedad de hecho jurídico de orden legal, material o meramente humano, perteneciente particularmente al Derecho de las obligaciones, y que impide el cumplimiento o el nacimiento de una obligación, en razón de la imposibilidad *absoluta* en la cual se ha encontrado sin su culpa el deudor, o el que se pretende como tal, de dominar el poder del acontecimiento que constituye tal hecho jurídico. (Bonnecase, 1998, p. 350)

Otros autores (*v.gr.*, Colin y Capitant), siguiendo la doctrina alemana, expresan que el caso fortuito, que entienden distinto de la fuerza mayor, se diferencia de esta última —que crea un impedimento *absoluto* para cumplir— por el hecho de originar una imposibilidad *relativa*, es decir, «la que ha podido impedir la acción del deudor considerado ya en sí mismo, ya como un *bonus pater familias* ordinario» (Colin & Capitant, 1949, p. 5).

En la legislación nacional, esta última aproximación puede ser vinculada con otra causal de exoneración de responsabilidad —diversa del caso fortuito o fuerza mayor— contemplada en el artículo 1547 del Código Civil.

En efecto, nuestro Código Civil considera dos causales de exención de responsabilidad: una en forma explícita, el caso fortuito o fuerza mayor (que en nuestro derecho son una misma cosa), y otra *implícita* que se desprende de las disposiciones relativas a la culpa, y que consiste en que no se puede responsabilizar al deudor cuando este, para cumplir la obligación y evitar su infracción, hubiera debido emplear un grado de diligencia o cuidado superior a aquel que le impone el contrato (Vial del Río, 2003, p. 225).

2. Interdicción del enriquecimiento injusto

En un intento por identificar las diversas situaciones en las cuales puede fundarse una pretensión de restitución fundada en un enriquecimiento indebido, Von Caemmerer (citado por Díez-Picazo, 1998, p. 27) distingue los siguientes grupos: (i) La pretensión de que se restituya el contenido de una prestación que no tiene razón de subsistir (*Leistungskondition*). Su fundamento responde a la necesidad de reconocer un correctivo a las perturbaciones que sufra el tráfico jurídico de bienes. (ii) La pretensión de que se restituya el contenido de todo aprovechamiento indebido de bienes ajenos. En este sentido, se busca el amparo contra los casos de intromisión, usurpación o violación de un derecho subjetivo (*Eingriffserwerb*). (iii) Las pretensiones dirigidas a lograr una justa distribución de cargas por medio de acciones de repetición subsiguientes a un pago de deuda ajena en todo o en parte (*Rückgriff*). (iv) Las pretensiones por razón de impensas o gastos realizados en propiedad ajena. (v) Los casos en que el enriquecimiento se produce a consecuencia de una disposición gratuita en perjuicio de quien ostenta un derecho de crédito fundado en una causa onerosa. (vi) La acción (*Versionsanspruch*) que procede en el evento que el beneficio económico de un contrato recaiga en quien no sea parte en él (*actio in rem verso*).

No ha sido cuestión pacífica en la doctrina comparada la determinación del fundamento que posee la obligación de restitución que este instituto genera o, en su caso, del derecho a retener que nace para quien experimenta el correspondiente incremento en su patrimonio. Así, la opinión de los autores algunas veces se inclina por estimarlo un *principio general de derecho*, mientras que, según otros, su justificación ha de encontrarse en la *equidad*. Conforme con otras posiciones, que se esfuerzan por buscar un basamento en consideraciones menos generales, se ha pretendido fundamentar la institución en razones jurídico-técnicas, como

aquellas que se apoyan en la teoría de la causa o en las *condictio* de que trató el derecho romano.

En lo que toca a nuestro propio ordenamiento jurídico, no parecen existir dudas en orden a que la represión del enriquecimiento sin causa legítima o «adecuada» constituye un *principio general de derecho*. De ello dan cuenta las numerosas disposiciones del Código claramente inspiradas en él, así como los distintos fallos de nuestros tribunales ordinarios que se fundamentan en aquellas.

En una situación como la analizada, cabe entonces preguntarse qué sucede si el deudor cumple una obligación empeñando en ello un cuidado y diligencia que sobrepasa la impuesta en el contrato. Dicho técnicamente, qué ocurre si el deudor que responde de culpa leve y, en consecuencia, está obligado a observar una diligencia ordinaria o mediana, ejecuta la prestación empleando, por ejemplo, una actividad que se encuadra en la culpa levísima y que, por lo mismo, supone desplegar la máxima diligencia.

Estimamos obvio que en el caso propuesto operaría un provecho manifiesto, ya que el acreedor recibe más de aquello a que tenía derecho de acuerdo con el contrato. Más claramente, se produciría un *enriquecimiento injusto*, ya que lo obtenido por el acreedor no corresponde a lo que se le debía y que este podía exigir.

3. Abuso del derecho o del interés jurídicamente protegido

No es extraño que sobre la base de un solo precepto la doctrina y la jurisprudencia hayan elaborado o recogido nuevas teorías jurídicas que, al menos en cuanto tales y con la extensión y amplitud que les son propias, eran desconocidas a la época de promulgación del Código Civil. En este sentido, la teoría del abuso del derecho ha tenido acogida en la jurisprudencia nacional llevando a nuestros tribunales a estimar que quien ejerce un derecho subjetivo dolosamente (con ánimo de causar daño a otro) o culposamente (con negligencia y sin el cuidado debido) debe responder de los perjuicios que se causen.

Por nuestra parte, no creemos que sea esta la solución correcta a la luz de las disposiciones que rigen la materia.

Participando del parecer de Rodríguez Grez, pensamos que tras esta terminología se esconde una tautología. El derecho se tiene o no se tiene. En el primer caso, si el derecho se tiene, es legítimo ejercerlo, incluso lesionando al sujeto pasivo (lo que ocurre inexorablemente, puesto que el sujeto pasivo o deudor siempre estará en situación de desplegar una conducta en favor del sujeto activo o pretensor). En el segundo caso, si el derecho no se tiene, se actúa al margen de este, invocando una facultad meramente aparente de la cual se carece. El derecho que existe no admite abusos, porque se trata de una facultad reconocida por el ordenamiento normativo para la realización de ciertos intereses, disponiéndose para su realización del poder coercitivo del Estado.

Lo que se ha dado en llamar «abuso del derecho», entonces, no es más que el ejercicio *aparente* de una facultad jurídica de la cual se carece porque con ella se pretende satisfacer un interés que no está protegido en el derecho positivo, sea porque se excede el interés protegido, sea porque este se desvía. En ausencia de

un interés jurídicamente protegido, no hay derecho subjetivo y todo lo obrado en su nombre es ilegítimo.⁴ Afirmamos, en conclusión, que la llamada teoría del «abuso del derecho» debe concebirse sobre la base de que la realización del interés jurídicamente protegido es la justa medida del ejercicio del derecho (Rodríguez, 1999).⁵

Tratándose de un contrato *oneroso conmutativo*, la tesis que podría fundar en el *ejercicio de una facultad contractual* una negativa a reconocer los efectos de la imprevisión exige entonces, también, juzgar su planteamiento en relación con la doctrina del «abuso del derecho», vinculada esta con la naturaleza misma de los contratos onerosos conmutativos.

En este sentido, pensamos que si se compele al deudor a cumplir la prestación aunque ello implique, para este, desplegar un esfuerzo mayor al exigible (atendido el grado o nivel de *diligencia* por él debido), estaríamos en presencia del *ejercicio abusivo de un derecho* —que supone apartarse o violentar el *interés jurídicamente protegido*— que, a su vez, rompería inevitablemente la interrelación de las prestaciones, haciendo que una de ellas sea más gravosa que la otra, y contraviniendo así la conmutatividad natural.

4 Según el mismo Rodríguez Grez, esta concepción ha llevado a sostener que el planteamiento original en que se sustenta la teoría del «abuso del derecho» surge como una sentida aspiración de orden ético y social. Que con ella se intenta insertar el ejercicio del derecho subjetivo en un marco en que coexisten múltiples sujetos y en que domina una concepción moral bien definida. Esta generosa intención, sin embargo, va acompañada de una pobre construcción dogmática, lo que queda en evidencia si se considera que la teoría está impregnada de conceptos extrajurídicos, llegándose al extremo de transformar el «abuso del derecho» en un principio equiparable a la buena fe, al enriquecimiento injusto, la protección de los incapaces, etcétera. No se ha conseguido, por consiguiente, dar al «abuso del derecho» un contenido y una raíz puramente jurídicos, ligándosele a otros elementos cuya extensión ilimitada permite arribar a cualquier conclusión. La bibliografía abunda en expresiones grandilocuentes para justificar su inclusión en el bagaje jurídico. Se habla de poner término a la visión «abstracta del hombre (como si este existiera insularmente); al «egoísmo» que encapsula al sujeto de derecho; de promover la «solidaridad» que surge de la dimensión coexistencial del ser humano; de la «solidaridad social»; de la necesidad de sustituir la idea preponderantemente patrimonialista», apoyada en el derecho de propiedad, por una óptica que revele al ser humano, a la persona, como eje central de lo jurídico; etcétera. Podrían llenarse varias páginas con expresiones del mismo estilo, todo lo cual demuestra que se usa y se abusa de una terminología atractiva, pero de escaso nervio jurídico. De aquí la necesidad de renovar esta doctrina y colocarla en lo que creemos es su justa dimensión (Rodríguez, 1999).

5 Dicha opinión ha sido expresamente acogida por la jurisprudencia de nuestros tribunales; *v.gr.*, en el fallo «Banco Central de Chile con Banco Chile» (Considerando N.º 22), Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 1995. En cuanto *principio general de derecho*, de *aplicación inmediata y directa* en nuestro ordenamiento jurídico, puede verse el fallo de la Corte de Apelaciones Presidente Pedro Aguirre Cerda, sentencia de 23 de enero de 1985, «Romagosa Iriart en contra del Club Árabe de Tiro al Vuelo».

Referencias

- Alcalde R., Enrique (2003). *Los principios generales del derecho*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Bonnecase, Julien (1998). *Elementos de derecho civil*. Volumen XV. México: Cárdenas Editor y Distribuidor.
- Colin, Ambrosio, & Capitant, Henry (1949). *Curso elemental de derecho civil*. Tomo IV. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Díez-Picazo, Luis (1998). *La doctrina del enriquecimiento injustificado*. Madrid: Civitas.
- Dworkin, Ronald (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Fuentes C., Adrián (2000). La vulgarización del derecho legislado. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, N.º 4. Facultad de Derecho PUC.
- Herrero de Miñón, Miguel (1979). En torno a la aplicación de la Constitución. En AA.VV., *La Constitución española y las fuentes del derecho*. Volumen II. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Olgíati, Francesco (1977). *El concepto de juridicidad en santo Tomás de Aquino*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, S.A.
- Penailillo A., Daniel (2007). La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil. En Bruno Caprile B., La imprevisión. *Revista Actualidad Jurídica*, 15, enero.
- Rodríguez G., Pablo (1992). *La obligación como deber de conducta típica*. Santiago de Chile: Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- Rodríguez G., Pablo (1999). *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Squella, Agustín (1987). ¿Son los jueces esclavos de la ley? *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Valparaíso: Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social. Impreso en Edeval.
- Urbano S., Marcelo (1998). *Derecho civil profundizado*. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina.
- Vial del Río, Víctor (2003). *Manual del derecho de las obligaciones en el Código Civil chileno*. Santiago de Chile: Editorial Biblioteca Americana.
- Vidal O., Álvaro (2007). Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N.º 1.

Gobernanza del riesgo de desastres frente al COVID-19 en Ecuador

Hugo Cabueñas

Universidad San Francisco de Quito¹

¹ Expreso mi agradecimiento a Juan Felipe Idrovo Romo, estudiante de la Universidad San Francisco de Quito, por su extraordinario y comprometido apoyo como asistente de esta investigación.

1. Introducción

El Sars-CoV-2, más conocido como COVID-19, declarado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020 (OMS, 2020, párrafo 6), al 22 de mayo tiene como resultado la muerte de 333 489 personas y 5 128 492 contagiadas (CSSE, 2020).² Esta pandemia ha exigido a los gobiernos poner en marcha formas diversas de institucionalidad. Algunos países contaban con experiencia en el manejo de pandemias.³ Sin embargo, muchos Estados carecían de una institucionalidad especializada o esta resultó insuficiente para gestionar las acciones gubernamentales frente a la pandemia.

En el caso ecuatoriano, en un primer momento fue el Ministerio de Salud Pública (MSP) quien declaró la emergencia sanitaria mediante una resolución (Acuerdo Ministerial N.º 126, 2020). Este acuerdo ministerial se publicó 11 días después de que se conociera el primer caso de COVID-19 en el Ecuador, relacionado con una persona que ingresó al país el 14 de febrero en un vuelo procedente de España. En primera instancia, la pandemia se gestionó exclusivamente desde la perspectiva sanitaria a pesar de que en la sección considerativa del Acuerdo Ministerial se incluyó el artículo constitucional que determina que el Estado ecuatoriano tiene la obligación de proteger «a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres» (Constitución, 2008, artículo 389).⁴ En el referido

2 Dato obtenido el 22 de mayo de 2020 (actualización 7:32 a. m.) del COVID-19 Dashboard, creado por el Centro de Ciencias e Ingeniería de Sistemas (CSSE por sus siglas en inglés) de la Universidad Johns Hopkins, EE.UU. Disponible en: <https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>

3 Con la experiencia de las pandemias de influenza de 1918, 1957 y 1968, y ante la amenaza de la influenza A (H5N1), en EE.UU. se desarrolló la Estrategia Nacional contra la Pandemia de Influenza. En tal documento (apéndice C) se establecen los mecanismos de respuesta y las atribuciones de las distintas autoridades ante pandemias. Ver: <https://www.cdc.gov/flu/pandemic-resources/pdf/pandemic-influenza-implementation.pdf>. Así mismo, países africanos tuvieron que enfrentar la epidemia de ébola de 2014. En el siguiente artículo se presenta información acerca de la respuesta institucional que tuvieron países como Nigeria, Senegal y Ghana en coordinación con organismos internacionales como la OMS. Ver: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4954525/>

4 El texto constitucional y legal ecuatoriano emplean las palabras «desastres naturales»; sin embargo, «[l]os desastres no son naturales, las acciones o la falta de acción humana puede convertir a un evento natural en un desastre» (Cahueñas, 2018a).

Acuerdo Ministerial (2020) se conformó exclusivamente la mesa técnica dos del Comité de Operaciones de Emergencias Nacional (COE-N) con el objetivo de coordinar las acciones institucionales (artículo 3).

Luego de dos días desde que se declaró la pandemia se conformó el COE-N a nivel plenario, involucrando a las diferentes instituciones en la respuesta al COVID-19. El Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado (2010) señala que los Comités de Operaciones de Emergencias (COE) son «instancias interinstitucionales responsables en su territorio de coordinar las acciones tendientes a la reducción de riesgos, y a la respuesta y recuperación en situaciones de emergencia y desastre» (artículo 24). El COE-N fue activado el 13 de marzo de 2020, presidido por el vicepresidente de la República, Otto Sonnenholzner, y otras autoridades de Estado (Informe N.º 001, 2020, párrafo 4). Sin embargo, el COVID-19 está lejos de ser exclusivamente una emergencia sanitaria: también es un desastre y debe ser gestionado como tal. Un desastre se define como una «[d]isrupción grave del funcionamiento de una comunidad o sociedad en cualquier escala debida a fenómenos peligrosos que interaccionan con las condiciones de exposición, vulnerabilidad y capacidad, ocasionando uno o más de los siguientes: pérdidas e impactos humanos, materiales, económicos y ambientales» (Informe del grupo de trabajo sobre los indicadores y la terminología relacionados con la reducción del riesgo de desastres, 2016, p. 13).

Una limitada gobernanza de la gestión de riesgos de desastres aumenta las vulnerabilidades. Por ello, la segunda prioridad del Marco de Sendai es «fortalecer la gobernanza del riesgo de desastres para gestionar dicho riesgo». Para una gestión eficaz se debe contar con objetivos, planes, competencia, directrices y coordinación claros en los sectores y entre ellos, incluyendo la colaboración y las alianzas entre mecanismos e instituciones, para lo cual es necesario el fortalecimiento de la gobernanza del riesgo de desastres para la prevención, mitigación, preparación, respuesta, recuperación y rehabilitación (Marco de Sendai, 2015, párrafo 26). Específicamente, el Marco de Sendai plantea varios parámetros que se deben contemplar en la gobernanza del riesgo de desastres; entre ellos, los marcos legales, regulaciones y políticas públicas, al definir las funciones y responsabilidades, deben ayudar a «poner en marcha estructuras de organización y coordinación» (2015, párrafo 27.a.i. iv).

En 2017, un estudio promovido por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) denominado «Índice de Gobernabilidad y Política Pública en Gestión del Riesgo de Desastres» (iGOPP) ubica al Ecuador en un nivel general de avance del 50,56 %, con un rango «apreciable» (Lacambra et al., 2017, p. 4).⁵ Dentro de este índice, el componente «marco general de gobernabilidad» muestra un avance considerado como «notable», con un 79 % de cumplimiento (Lacambra et al., 2017, p. 4). El marco general de gobernabilidad para la gestión de riesgos de desastres considera: a) la base normativa adecuada para la organización y coordinación de la gestión de riesgos de desastres, incluyendo tanto la normativa específica como las normas territoriales y sectoriales que garanticen su viabilidad; b) la disponibilidad de recursos; y, c) el es-

5 «El puntaje del índice va de 0 a 100 y se establece el siguiente sistema de clasificación: 91-100%, Sobresaliente; 71-90%, Notable; 41-70%, Apreciable; 21-40%, Incipiente; 0-20% Bajo» (Lacambra et al., 2017, pp. 18-19).

tablecimiento de mecanismos adecuados de información y participación ciudadana, y de monitoreo, evaluación y seguimiento (Lacambra et al., 2017, p. 15).⁶ El presente análisis se centrará principalmente en el primer criterio. No obstante, se registran comentarios específicos sobre los otros dos componentes.

La pandemia ha roto las estructuras sociales e institucionales. En el caso ecuatoriano, la deficiente gestión de la emergencia sanitaria provocó un desastre (Colectivo Ecuador con Gestión de Riesgos, 2020, párrafo 1). La débil institucionalidad se evidenció con la renuncia irrevocable de la ministra de Salud Pública a los pocos días de iniciada la pandemia (Decreto Ejecutivo N.º 1018, 2020). En su carta de renuncia señaló: «me resulta inaceptable la imposición de funcionarios que no tienen conocimiento de salud pública y de la realidad frente a esta situación» (Oficio N.º MSP-MSP-2020-0570-O, 2020). Este hecho, sumado a «[l]a experiencia de epidemias pasadas y la actual pandemia de COVID-19 demuestran lo importante que es romper los silos entre los administradores de desastres, los trabajadores de la salud y otros sectores» (UNDRR, 2020, párrafo 1).

En respuesta a la pandemia del COVID-19 muchos Estados, incluido Ecuador, han canalizado la respuesta a la crisis sanitaria por medio de sus sistemas de gestión de riesgos. El Estado ecuatoriano encontró en el COE el espacio para gestionar la respuesta a la pandemia. Sin embargo, la institucionalidad de gestión del riesgo estaba debilitada antes de esta pandemia y existen limitaciones jurídicas e institucionales que deben ser analizadas a la luz de parámetros internacionales, con el fin de adecuar el marco legal frente a esta pandemia, fortaleciendo el sistema nacional descentralizado de gestión de riesgo.

Los desastres de evolución lenta surgen gradualmente con el paso del tiempo y pueden estar relacionados con las enfermedades epidémicas (Informe del grupo de trabajo sobre los indicadores y la terminología relacionados con la reducción del riesgo de desastres, 2016, p. 14).

Con estos antecedentes, este artículo analizará el marco jurídico e institucional relativo a la gestión de riesgos en la rectoría y a nivel descentralizado; luego se analizará cómo opera el marco institucional en la respuesta al COVID-19, tanto a nivel nacional como en los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD).

2. Rectoría del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión de Riesgo

Desde 1964 hasta 2008, la institucionalidad de la gestión de riesgos de desastres en Ecuador estuvo ligada a los preparativos de respuesta a emergencias y desastres, por medio de la Defensa Civil (Lacambra et al., 2017, p. 3). En el año 2008 se reorganizó la Defensa Civil en una Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos⁷ adscrita al Ministe-

⁶ Se comprende la gobernabilidad como «la capacidad de gobierno de un problema público. Esta capacidad se manifiesta en la gestión continuada y estable por parte del conjunto de los gobiernos y administraciones, pero también de los actores sectoriales y privados de un país» (Lacambra et al., 2017, p. 17).

⁷ Decreto Ejecutivo 1046-A del 26 de abril de 2008.

rio Coordinador de Seguridad.⁸ En el mismo año, en la Constitución ecuatoriana se plantea un nuevo marco jurídico e institucional para la gestión de riesgos de desastres. La Constitución (2008) señala que «Ecuador es un Estado constitucional de derechos» (artículo 1). Como parte de este nuevo paradigma constitucional,⁹ el Estado tiene la obligación de proteger «a las personas, las colectividades y la naturaleza frente a los efectos negativos de los desastres de origen natural o antrópico mediante la prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la recuperación y mejoramiento de las condiciones sociales, económicas y ambientales» (2008, artículo 389).

Además, las personas víctimas de desastres deben recibir atención prioritaria (2008, artículo 35). Por ejemplo, esta prioridad se visibiliza en el derecho a la alimentación, en relación con el cual el Estado es responsable de «[d]otar de alimentos a las poblaciones víctimas de desastres naturales o antrópicos que pongan en riesgo el acceso a la alimentación» (2008, artículo 281.12). La Constitución también señala que la gestión de riesgos es uno de los ámbitos del sistema nacional de inclusión y equidad social (2008, artículo 340). Adicionalmente, para garantizar el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el Estado se compromete, entre otros, a «[e]stablecer un sistema nacional de prevención, gestión de riesgos y desastres naturales» (2008, artículo 397. 5).

A partir de este marco normativo, claramente se identifica la gestión de riesgos como una obligación estatal para lo cual se establece un sistema nacional descentralizado de gestión de riesgo integrado «por las unidades de gestión de riesgo de todas las instituciones públicas y privadas en los ámbitos local, regional y nacional» (2008, artículo 389). La rectoría del referido sistema nacional descentralizado estará a cargo de un organismo técnico establecido por ley, con competencias en las fases de prevención ante el riesgo, la mitigación de desastres, la atención, la recuperación y mejoramiento de las condiciones de vulnerabilidad (2008, artículo 389). Sin embargo, en la fase de respuesta la Constitución es poco clara, porque dice que el Estado central tiene la competencia exclusiva en el manejo de desastres (2008, artículo 261.8).

Actualmente, la Ley de Seguridad Pública y del Estado (2009) divide la gestión de riesgos en dos momentos y abre la puerta a la existencia de dos instituciones, que podrían ser una. Por un lado, señala que la rectoría la ejercerá el Estado a través de la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos en «[l]a prevención y las medidas para contrarrestar, reducir y mitigar los riesgos de origen natural y antrópico o para reducir la vulnerabilidad» (2009, artículo 11.d). Es decir, en la fase anterior al desastre, la Secretaría de Gestión de Riesgos sería el ente rector.¹⁰

Por otro lado, en la respuesta a «desastres naturales la planificación, organización, ejecución y coordinación de las tareas de prevención, rescate, remediación, asistencia y auxilio estarán a cargo del organismo responsable de la defensa civil,

8 El Ministerio Coordinador de Seguridad fue suprimido mediante Decreto N.º 7 de 24 de mayo de 2017.

9 Un análisis crítico a la reforma normativa planteada por el neoconstitucionalismo lo puede encontrar en: Aguilar, J. P. (2013). Neoconstitucionalismo en el Ecuador: una Mirada al jurista ingenuo. *Iuris Dictio*, 13(15).

10 Por medio del Decreto Ejecutivo N.º 534 de fecha 3 de octubre de 2018, el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias reemplazó a la Secretaría de Gestión de Riesgos.

bajo la supervisión y control del Ministerio de Coordinación de Seguridad» (2009, artículo 34). El referido organismo, responsable de la defensa civil, debe actuar en coordinación con los GAD y la sociedad civil, contando con el apoyo de las Fuerzas Armadas y otros organismos necesarios para la prevención y protección de la seguridad (2009, artículo 34). Cabe subrayar que en 2017 se suprimió el Ministerio Coordinador de Seguridad, sin mencionar a quién se transfirieron las responsabilidades en materia de gestión de riesgos.¹¹

Es decir, podrían existir dos instituciones: por un lado, la Secretaría de Gestión de Riesgos para la reducción de vulnerabilidades y riesgos de origen natural y antrópico; por otro lado, la defensa civil en la respuesta en caso de desastres de origen natural. Por ello, no está expresamente regulado quién es el encargado de la respuesta en caso de desastres de origen antrópico. Tampoco se determina cuál es la institución responsable de la fase de recuperación posdesastre. Esta poca claridad se busca subsanar en el Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, asignándole a la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos el rol de órgano rector y ejecutor del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión de Riesgo en todas sus fases (Reglamento LSPE, 2010, artículo 3). Dentro de las competencias se incluyen textualmente aquellas encargadas por la Constitución al organismo técnico rector de la gestión de riesgos. Como parte de las funciones de este organismo técnico se encuentran:

- Identificar los riesgos de orden natural o antrópico para reducir la vulnerabilidad que afecten o puedan afectar al territorio ecuatoriano (Constitución, 2008, artículo 389.1; Reglamento LSPE, 2010, artículo 3.a).
- Generar y democratizar el acceso y la difusión de información suficiente y oportuna para gestionar adecuadamente el riesgo (Constitución, 2008, artículo 389.2; Reglamento LSPE, 2010, artículo 3.b).

Por otro lado, se identifica otra función en la norma constitucional que tiene relación con la señalada en el reglamento: «Articular las instituciones para que coordinen acciones a fin de prevenir y mitigar los riesgos, así como para enfrentarlos, recuperar y mejorar las condiciones anteriores a la ocurrencia de una emergencia o desastre» (Constitución, 2008, artículo 389.5).¹²

Finalmente, una función que establece la norma constitucional y no se menciona en el reglamento es «Realizar y coordinar las acciones necesarias para reducir vulnerabilidades y prevenir, mitigar, atender y recuperar eventuales efectos negativos derivados de desastres o emergencias en el territorio nacional» (2008, artículo 389.6).

A partir de esta descripción se evidencia que las competencias al «organismo rector» no fueron establecidas por ley sino por un reglamento. La Constitución señala

11 Decreto Ejecutivo N.º 7 de 24 de mayo de 2017.

12 Relacionada con el artículo 3.f del Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado: «Coordinar los esfuerzos y funciones entre las instituciones públicas y privadas en las fases de prevención, mitigación, la preparación y respuesta a desastres, hasta la recuperación y desarrollo posterior».

que las instituciones del Estado «ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la Ley» (2008, art. 226). Asimismo, el Código Orgánico Administrativo (COA) determina que las competencias del órgano administrativo nacen de la ley» (2017, artículo 49). Además, «[l]a competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines [...]» (2017, artículo 65). Ante esto, el Ejecutivo tiene su justificación en que el mismo COA que señala «[s]i alguna disposición atribuye competencia a una administración pública, sin especificar el órgano que la ejercerá, corresponde a la máxima autoridad de esa administración pública determinarlo» (2017, artículo 66). Por lo que, al corresponder el manejo de desastres al Estado central (Constitución, 2008, artículo 261.8), este, mediante el reglamento, confirió la competencia al COE. Lo cual no deja de ser cuestionable y evidencia la falta de institucionalidad en la gobernanza de la gestión del riesgo. Además, una competencia constitucional no está contemplada en la norma reglamentaria. Este tipo de excesos son comunes en el ordenamiento ecuatoriano, «en que se otorgan competencias a través de normas reglamentarias» (Quintana, 2019, p. 160).

Cabe destacar que en la ley no se establece expresamente la competencia en la fase de recuperación; solo se lo hace en el reglamento. Esto fue observado en el informe del BID, en donde la evaluación a «la planificación de la recuperación post-desastre»¹³ alcanza un avance «incipiente» con un cumplimiento de apenas el 24 % (Lacambra et al., 2017, pp. 4, 8). En la práctica, esta falta de institucionalidad en la fase de recuperación ha provocado que se creen instituciones *ad hoc* como el Comité de Reconstrucción y Reactivación de las zonas afectadas por el terremoto en el año 2016, cuya actuación no ha fortalecido la gobernanza del riesgo de desastres (Cahueñas, 2018b, p. 58) y se ha visto cuestionada por actos de corrupción.¹⁴ Referido comité se creó por medio de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana para la Reconstrucción y Reactivación de las zonas afectadas por el terremoto del 16 de abril de 2016. El objeto de esta ley era recaudar contribuciones con el propósito de permitir la planificación, construcción y reconstrucción de la

13 Planificación de la recuperación posdesastre (RC): proceso *ex ante* que se focaliza en la preparación para el rápido y adecuado restablecimiento de condiciones aceptables y sostenibles de vida mediante la rehabilitación, reparación o reconstrucción de la infraestructura, bienes y servicios destruidos, interrumpidos o deteriorados en el área afectada, y la reactivación o impulso del desarrollo económico y social de la comunidad bajo condiciones de menor riesgo que lo que existía antes del desastre. En el marco conceptual del iGOPP se hace referencia a la existencia de un marco normativo, institucional y presupuestal que permita la implementación de mecanismos para un restablecimiento de medios de vida, de servicios básicos e infraestructura de forma tal que se reduzca la improvisación, la ineficiencia y la ineficacia en los procesos de recuperación posdesastre (Lacambra et al., 2017, pp. 16-17)

14 Según la Comisión Nacional Anticorrupción, US\$3500 millones del fondo de reconstrucción del terremoto de Manabí se habrían usado de forma dolosa. La Contraloría ha encontrado, mediante auditorías, irregularidades del Comité de Reconstrucción y Reactivación Económica que estaba encabezado por el exvicepresidente de Ecuador, Jorge Glas, quien hoy está privado de su libertad por diversos procesos penales en su contra. Por su parte, la Fiscalía ha realizado allanamientos y detenciones; hasta el momento ha incautado 1,6 millones de dólares en efectivo y ha involucrado a funcionarios del órgano legislativo del país. Ver: https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/cna-la-fiscal-persigue-peces-chicos-el-asalto-manabi-usd-3500-millones?fbclid=IwAR1QfGiP1CNpSJQwpAk7RgahKcSr2V_UUILKd5ofDjbnm_C-1Twndri3NI0.

infraestructura, así como la reactivación productiva (Díaz, 2018, p. 115).

Bajo este marco jurídico, en el año 2017 el iGOPP ubica en un rango de avance apreciable la coordinación y articulación central de la política (55 %), la definición de responsabilidades sectoriales (52 %) y la fase de políticas correspondiente al control, rendición de cuentas y participación (53 %) (Lacambra et al., 2017, p. 5). Sin embargo, el informe observa que «hay normas que repiten algunos aspectos del mandato constitucional, y normas que subordinan el tema de la gestión de riesgos a la lógica de la seguridad pública» (2017, p. 6). Cuando la gestión de riesgos en el Ecuador debe tener un enfoque de derechos humanos (Cahueñas, 2018a), al ser una obligación del Estado proteger a las personas ante el riesgo de desastres y por la atención prioritaria que deben recibir las víctimas de desastres. Además, la gestión de riesgos debe ser parte del sistema nacional de inclusión y equidad social, no del sector de seguridad. Adicionalmente, el iGOPP señala que existe un vacío en la definición de los instrumentos políticos, estratégicos, técnicos y presupuestarios para cumplir con el marco normativo nacional para la gestión de riesgos (Lacambra et al., 2017, p. 7).

Para cubrir esos vacíos y aclarar ese confuso marco institucional se requiere una ley de gestión de riesgos, que debería tener el rango de ley orgánica porque regula el ejercicio de los derechos de las personas que son víctimas de desastres como parte de los grupos de atención prioritaria y la obligación del Estado de protegerlos; además, al normar el sistema descentralizado de gestión de riesgo, debe regular competencias y facultades de los GAD.¹⁵ A pesar de numerosos proyectos, no se ha aprobado la Ley Orgánica de Gestión de Riesgos que aclare este marco institucional y cubra los referidos vacíos.¹⁶

Es preciso mencionar que en el año 2018 se transformó la Secretaría de Gestión de Riesgos en el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias (SNGRyE) (Decreto Ejecutivo N.º 534, 2008, artículo 1). Esto contravino lo dispuesto por la Constitución (2008), que señala que el Estado ejercerá la rectoría del sistema nacional descentralizado de gestión de riesgo por un organismo técnico establecido por ley (artículo 389), no por decreto. Evidentemente, esto también contravino la Ley de

15 Constitución del Ecuador, artículo 133. («Las leyes serán orgánicas y ordinarias. Serán leyes orgánicas: [...] 2. Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. 3. Las que regulen la organización, competencias, facultades y funcionamiento de los GAD. [...]).

16 Desde el 2018, en la Asamblea Nacional existe un proyecto de ley denominado «Código de Seguridad del Estado». El libro cuarto de referido proyecto se titula «Del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión de Riesgos». Disponible en <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/d0917be3-26d2-4433-b3e8-fd9d1c80a699/Proyecto%20de%20Ley%20del%20C%C3%B3digo%20Org%E1nica%20de%20Seguridad%20del%20Estado%20Tr.%20343735.pdf>. Consulta: 21 de mayo de 2020. Anteriormente, en la Asamblea Nacional, Comisión Especial Permanente sobre Biodiversidad y Recursos Naturales, se discutió el Proyecto de Ley de Cambio Climático, Informe para el Segundo Debate. (7 de mayo, 2013). Disponible en <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a35d00fe-7214-4497-8eec-6e7bdb89f28d/Informe%20Segundo%20Debate%20Tr.%20135907.pdf>. Consulta: 21 de mayo de 2020.

El 10 de julio de 2012, un legislador presentó el «Proyecto de Ley de Gestión de Riesgos del Sistema Nacional Descentralizado»; sin embargo, el 7 de mayo de 2013 sobre el informe para el segundo debate, el proyecto fue rechazado y archivado.

Seguridad Pública y del Estado que otorga las competencias a la Secretaría de Gestión de Riesgos. Este cambio refleja una vez más cómo la supuesta entidad rectora de la gestión de riesgos ha estado sometida al vaivén político o al estado de ánimo del presidente de la República. Luego de la Constitución de 2008, la Secretaría Técnica de Gestión de Riesgos pasa a denominarse Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos;¹⁷ y, en 2013, la Secretaría Nacional de Gestión de Riesgos pasó a denominarse Secretaría de Gestión de Riesgos.¹⁸ Es más: en el último decreto se establece que el Comité del Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias será el «organismo gobernante y responsable de ejercer la rectoría, regulación, planificación y coordinación del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión de Riesgos» (Decreto Ejecutivo N.º 534, 2008, artículo 2). El referido comité no tiene una representación de los GAD, dado que solamente está conformado por entidades dependientes del Gobierno central.¹⁹

3. Descentralización de la gestión de riesgos

Dentro del análisis general de las fases de la política pública ecuatoriana, la «definición de responsabilidades territoriales» en materia de gestión de riesgos tiene un nivel de avance «apreciable» con un porcentaje de cumplimiento del 70 % (Lacambra et al., 2017, p. 5). Esta calificación general se polariza en los aspectos específicos. Por un lado, en el marco general de gobernabilidad y la reducción de riesgos, la «definición de responsabilidades territoriales» alcanza un nivel de cumplimiento del 100 %, obteniendo una calificación sobresaliente (2017, pp. 27, 38). En relación con la protección financiera y las políticas públicas alcanzan un puntaje del 89 %; principalmente dado que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) establece que la gestión de riesgos incluye la transferencia de riesgos y el «Reglamento general para la administración, utilización, manejo y control de los bienes y existencias del sector público» obliga al aseguramiento de activos públicos de las entidades territoriales (2017, p. 57). Se destaca el caso del Municipio de Quito, que cuenta con un fondo para la gestión de riesgos y atención de emergencias (2017, p. 57). Por otro lado, en la identificación y conocimiento del riesgo, Ecuador alcanza un nivel incipiente (33 %); específicamente, no se identificaron: a) una normativa específica que establezca la responsabilidad de los GAD en la evaluación del riesgo de desastres en sus territorios; b) un ente nacional res-

17 Decreto Ejecutivo N.º 42 publicado en el Registro Oficial N.º 31 de 22 de septiembre de 2009.

18 Decreto Ejecutivo N.º 62 publicado en Registro Oficial N.º 63 de 21 de agosto 2013.

19 «El Comité del Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias estará conformado por los siguientes miembros permanentes, quienes actuarán con voz y voto: a) La o el Presidente de la República o su delegado permanente, quien lo presidirá y tendrá voto dirimente; b) La o el Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo o su delegado permanente; c) La o el Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda o su delegado permanente; d) La o el Ministro de Defensa Nacional o su delegado permanente; y, e) La o el Ministro de Economía y Finanzas o su delegado permanente. Actuará como secretario del Comité el/la Director/a General del Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, quien intervendrá con voz pero sin voto» (Decreto 534, 2018, artículo 2).

ponsable de definir la escala en que se debe realizar el análisis de riesgo para cada nivel de gobierno (2017, p. 36). Sin embargo, en la planificación de la recuperación posdesastre, la calificación fue cero (0 %) en la «definición de responsabilidades territoriales» y las «evidencias de progreso en la implementación» (2017, pp. 50-51). Por ello, se observa que es necesaria la definición de responsabilidades «territoriales para el proceso de planificación de la recuperación» (2017, p. 9).²⁰

La Constitución ecuatoriana señala que los riesgos se gestionarán bajo el principio de descentralización subsidiaria.²¹ La descentralización consiste en transferir la responsabilidad a un órgano independiente (Oyarte, 2016, p.245). La legislación ecuatoriana señala que «[l]a descentralización de la gestión del Estado consiste en la transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias, con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde la administración pública central hacia los Gobiernos Autónomos Descentralizados [...]» (COA, 2017, artículo 83; COOTAD, 2010, part. 105). El COOTAD, la Ley Orgánica de Gestión de Recursos Hídricos, Uso y Aprovechamiento del Agua, y la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo (LOOTUS) establecen un marco normativo para la planificación territorial con enfoque de gestión de riesgos, determinando facultades específicas para los GAD. El COOTAD (2010) otorga competencias en materia de gestión de riesgos a los GAD municipales, incluyendo las acciones de prevención, reacción, mitigación, reconstrucción y transferencia, para enfrentar todas las amenazas de origen natural o antrópico (artículo 140). Concordeamente, la LOOTUS (2016) señala que los GAD municipales y metropolitanos «identificarán los riesgos naturales y antrópicos de ámbito cantonal o distrital» (artículo 11.3). Adicionalmente, para la fase de respuesta, el Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público (2017) determina que «[e]n caso de emergencia, eventos adversos o de riesgo, en el que concurrieran varias fuerzas de socorro, el mando técnico general lo asumirá el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional, Provincial, Cantonal o Metropolitano, según sea el caso» (artículo 245). Consecuentemente, bajo el principio de descentralización subsidiaria, cuando la capacidad de los GAD para gestionar el riesgo es insuficiente, deberá asumirlo la instancia de mayor nivel territorial.

4. Rectoría en la respuesta al COVID-19

En la respuesta al COVID-19 la rectoría ha navegado entre el Ministerio de Salud Pública y el COE-N, contando con una actuación fugaz y jurídicamente innecesaria del Consejo de Seguridad Pública y del Estado.

20 «[L] lecciones aprendidas del reciente Terremoto de Manabí deberían aprovecharse para informar el fortalecimiento de la normativa sobre este proceso» (Lacambra et al., 2017, p. 9).

21 «Artículo 390.- Los riesgos se gestionarán bajo el principio de descentralización subsidiaria, que implicará la responsabilidad directa de las instituciones dentro de su ámbito geográfico. Cuando sus capacidades para la gestión del riesgo sean insuficientes, las instancias de mayor ámbito territorial y mayor capacidad técnica y financiera brindarán el apoyo necesario con respeto a su autoridad en el territorio y sin relevarlos de su responsabilidad».

4.1. Ministerio de Salud Pública (MSP)

En un primer momento, la ministra de Salud declaró la emergencia sanitaria «en todos los establecimientos del Sistema Nacional de Salud, en los servicios de laboratorio, unidades de epidemiología y control, ambulancias aéreas, servicios de médicos y paramédicos, hospitalización y consulta externa [...]» (Acuerdo Ministerial N.º 126, 2020, artículo 1).²² La Ley Orgánica de Salud (2006) establece que «la emergencia sanitaria deberá ser declarada por el presidente de la República» (artículo 259).²³ El MSP solamente podía «solicitar la declaratoria de estado de emergencia sanitaria» (2006, artículo 6.11).²⁴ Si se pretendía declarar la emergencia sanitaria en los términos establecidos por la Ley Orgánica de Salud, el Acuerdo Ministerial 126 podría ser declarado nulo porque la ministra de Salud lo dictó sin tener la competencia en la materia (Código Orgánico Administrativo, 2017, artículo 105); sin embargo, el acto es válido mientras no se declare su nulidad (2007, artículo 104).

La ministra de Salud, atribuyéndose competencias que no le corresponden, declaró la emergencia sanitaria. Probablemente, esta declaratoria se hizo principalmente en el marco del numeral 31 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2008). Este artículo establece que las situaciones de emergencia son acontecimientos graves generados por «accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito a nivel nacional, sectorial o institucional». Además, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que, para atender las situaciones de emergencia, previamente a iniciarse el procedimiento de contratación, «el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia» (2008, artículo 57).²⁵ Bajo este artículo, el Acuerdo Ministerial 126 (2020) determina que la red pública de salud contratará directamente, o por medio de invitaciones, los bienes y servicios para la respuesta al COVID-19 (artículo 6). En este marco excepcional de contratación pública, se han ejecutado cuestionados procesos de compras, sobre los cuales ya pesan informes con responsabilidad penal por parte de la Contraloría General del Estado²⁶ e investigaciones de

22 El denominado estado de emergencia sanitaria se extendió por treinta días adicionales, mediante Acuerdo Ministerial N.º 09-2020 de fecha 12 de mayo de 2020.

23 «Emergencia sanitaria.- Es toda situación de riesgo de afección de la salud originada por desastres naturales o por acción de las personas, fenómenos climáticos, ausencia o precariedad de condiciones de saneamiento básico que favorecen el incremento de enfermedades transmisibles. Requiere la intervención especial del Estado con movilización de recursos humanos, financieros u otros, destinados a reducir el riesgo o mitigar el impacto en la salud de las poblaciones más vulnerables. La emergencia sanitaria deberá ser declarada por el Presidente de la República conforme lo manda la Constitución Política» (Ley Orgánica de Salud, 2006, artículo 259).

24 Durante una emergencia sanitaria, el Estado debe garantizar «el acceso y disponibilidad de insumos y medicamentos necesarios para afrontarla, haciendo uso de los mecanismos previstos en los convenios y tratados internacionales y la legislación vigente» (Ley Orgánica de Salud, 2006, artículo 9.d).

25 Adicionalmente, el MSP adoptó la Resolución N.º 00026-2020 declarando el estado de emergencia institucional, conforme al artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

26 La Contraloría General del Estado aprobó informes con indicios de responsabilidad penal por la

la Fiscalía General del Estado.²⁷ Cabe subrayar que, al cierre de las emergencias, se deben presentar informes que «contengan argumentos y resultados que justifiquen y evidencien que el procedimiento de contratación especial empleado fue por la emergencia, y que se logró superarla sin dejar de cumplir disposiciones legales vigentes» (Díaz, 2018, p. 117).

Para la gobernanza de la respuesta al COVID-19, en un primer momento, en la declaratoria de emergencia del 11 de marzo de 2020, el MSP conformó una mesa técnica de respuesta, presidida por el viceministro de Gobernanza y Vigilancia de la Salud e integrada por los máximos representantes de las instituciones que forman parte de la Red Pública Integral de Salud y de la Red Privada Complementaria (Acuerdo Ministerial N.º 126, 2020, artículo 3). Adicionalmente, mediante el acuerdo ministerial se activa la mesa de trabajo dos del COE-N denominada «Salud y Atención Pre Hospitalaria (APH)» (Manual del COE, 2017, párrafo 5.2.1), señalando que esta mesa coordinará con los GAD (2020, disposición general segunda).

En el Acuerdo Ministerial 126 también se determinan otras competencias para la Autoridad Sanitaria en materia de salud pública, manejo clínico, control migratorio y control de eventos masivos.²⁸ Por otro lado, de forma poco precisa, se dice que la Autoridad Sanitaria Nacional «reitera la necesidad de prohibición de exportación de dispositivos médicos de protección individual» (2020, artículo 10). Por ello, fue necesaria una decisión del Comité de Comercio Exterior (Comex), quien notificó al Servicio Nacional de Aduana del Ecuador la prohibición temporal, por el plazo de un año, para exportar mascarillas de protección (Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, 2020).²⁹

Cabe mencionar que Ecuador no cuenta con un plan de contingencia para pandemias.³⁰ Tampoco adoptó un plan de respuesta frente al COVID-19. El único ante-

adquisición de bolsas para cadáver adulto en los Hospitales de Los Ceibos y Guasmo Sur. Disponible en: <https://www.contraloria.gob.ec/CentralMedios/SalaPrensa/23846>. Visitado el 20 de mayo de 2020. También estableció indicios de responsabilidad penal en la compra de mascarillas por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Disponible en: <https://www.contraloria.gob.ec/CentralMedios/SalaPrensa/23824>. Visitado el 21 de mayo de 2020.

27 Por ejemplo, «la Fiscalía Provincial de Imbabura allanó las oficinas del Hospital General de Ibarra (IESS), dentro de una investigación previa por presunto sobreprecio en un contrato para la adquisición de fundas para cadáveres [...]». Disponible en: <https://www.fiscalia.gob.ec/fiscalia-investiga-presunto-sobreprecio-en-adquisicion-de-fundas-para-cadaveres-en-hospital-del-iess-de-ibarra/>. Visitado el 22 de mayo de 2020.

28 En el acuerdo se señala que la Autoridad Sanitaria Nacional determinará, en materia de salud pública y manejo clínico de pacientes, los «instrumentos aplicables para la atención de la [...] emergencia» (artículo 9). Además, se señala que la Autoridad Sanitaria Nacional informará sobre las medidas de control migratorio (artículo 7) y expedirá los lineamientos para eventos de afluencia masiva (artículo 8).

29 Adicionalmente, mediante Resolución N.º 00-004-2020, el COMEX decidió la reducción a aranceles cero de un grupo de dispositivos médicos (gafas protectoras, mascarillas, gorros y guantes quirúrgicos, materia prima para elaboración de gel antibacterial y aparatos de ozonoterapia, oxigenoterapia o aerosolterapia; respiratorios de reanimación y demás aparatos de terapia respiratoria, entre otros). Disponible en: <https://www.produccion.gob.ec/dispositivos-medicos-con-arancel-cero-para-enfrentar-emergencia-sanitaria/> (visitado el 22 de mayo de 2020) y https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/covid_measures_s.pdf (visitado el 22 de mayo de 2020).

30 No se registra un plan de contingencia para pandemias en el Registro Oficial o en el portal del MSP.

cedente existente se remonta al año 2014, cuando la OMS, en consulta a un comité de expertos internacionales y en el marco del Reglamento Sanitario Internacional, declaró la situación del virus ébola en África como una emergencia de salud pública de importancia internacional. Ante este hecho, el MSP adoptó el Plan Nacional de Respuesta Frente al Ébola.³¹ Como parte de referido plan se señalaba que, para la coordinación y gobernanza, al momento de confirmarse un caso de ébola se activaría el Comité de Operaciones de Emergencias (Acuerdo Ministerial 5182, 2014).

4.2. Comité de Operaciones de Emergencia Nacional

En respuesta al COVID-19, el COE-N fue activado el 13 de marzo de 2020, bajo la presidencia del vicepresidente de la República, Otto Sonnenholzner (Informe N.º 001, 2020, párrafo 4). En todos los niveles de gobierno, los Comités de Operaciones de Emergencia «son instancias interinstitucionales responsables en su territorio de coordinar las acciones tendientes a la reducción de riesgos, y a la respuesta y recuperación en situaciones de emergencia y desastre [...]» (Reglamento LSPE, 2010, artículo 24). En relación con el COVID-19, la activación del COE-N en la fase de respuesta fue tardía. Peor aún: el COE-N nunca se activó para reducir el riesgo ante las alertas emitidas por la OMS.³²

En 2017, la Secretaría de Gestión de Riesgos reguló la conformación y funcionamiento del COE en un manual, en el que se señala que «[l]a principal competencia de un COE es la identificación, análisis y resolución de problemas operativos relacionados con la atención y asistencia poblacional» (Manual del COE, 2017, párrafo 4.2).³³ La coordinación de las acciones de un COE «tiene como objetivo principal la atención prioritaria que recibirán las personas que están en situación de riesgo, [...] garantizando el derecho a una vida digna» (2017, párrafo 4.2). Por lo tanto, las acciones del COE deben tener un enfoque de derechos humanos.

31 Acuerdo Ministerial 5182 de 17 de octubre de 2014.

32 En numerosas ocasiones la OMS instó a los Estados a prepararse para una posible propagación del virus (véanse, por ejemplo, los reportes del 13 de enero y 13 de febrero. Disponibles en: <https://www.who.int/es/news-room/detail/13-01-2020-who-statement-on-novel-coronavirus-in-thailand> y <https://www.who.int/es/news-room/detail/13-02-2020-remarks-by-dr-michael-ryan-executive-director-who-health-emergencies-programme-at-media-briefing-on-covid-19-on-13-february-2020>). La actuación de la OMS comienza el 31 de diciembre de 2019. Para el 5 de enero, la OMS ya emitió su primer parte sobre el brote epidémico en China. El 30 de enero se declaró al coronavirus como ESPII (Emergencia Sanitaria de Preocupación Internacional). Finalmente, el 11 de marzo se consideró la enfermedad como una pandemia debido a los alarmantes niveles de propagación del virus. Los hitos más relevantes de esta cronología están disponibles en: <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-time-line---covid-19>

33 Dentro de las competencias del COE se encuentran: a) Identificación, análisis y resolución de problemas operativos relacionados con la atención y respuesta ante eventos peligrosos con énfasis en la población; b) Monitoreo de la situación, el seguimiento y acompañamiento de los COE de menor nivel territorial; y, c) Generación de información estructurada sobre los avances, acciones y brechas que se presentan durante la atención de un evento. Además, el COE tiene como funciones principales: a) Planeación estratégica; b) Coordinación política; c) Coordinación de actores humanitarios; d) Seguimiento y control de operaciones de respuesta; y, e) entrega oportuna de información clara y validada a la ciudadanía sobre las afectaciones registradas, las acciones implementadas y los resultados obtenidos (Manual COE, 2017, párrafo 4.3).

Dentro del COE, el componente de toma de decisiones «analiza las brechas de atención y respuesta existentes y que no pueden ser superadas por el componente de Implementación Técnica; [estableciendo] las estrategias de atención y/o las líneas de comunicación con los niveles superiores de decisión para definir un trabajo integrado que permita superarlas» (2017, párrafo 4.2.1). Por su parte, el COE-N es un «[m]ecanismo del Sistema Nacional Descentralizado de Gestión de Riesgos, responsable de promover, planear y mantener la coordinación y operación conjunta en emergencias o desastres con los diferentes actores a nivel nacional» (2017, párrafo 5).

En los decretos de estado de excepción 1017, 1019 y 1052, el presidente de Ecuador estableció un marco jurídico e institucional para enfrentar la pandemia del COVID-19. Este se basó en la norma constitucional que faculta al presidente a decretar estado de excepción por «agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural» (Constitución, 2008, artículo 164). La causal invocada fue «calamidad pública». Por su parte, la Corte Constitucional dictaminó la constitucionalidad de los decretos 1017 y 1019, reconociendo que la pandemia no puede ser abordada desde el régimen constitucional ordinario (Dictamen N.º 1-20-EE/20, 2020, párrafo 35).³⁴ A partir de los decretos y los dictámenes de la Corte Constitucional, es posible identificar responsabilidades institucionales para gestionar la crisis.

En el Decreto N.º 1017, en la parte considerativa, se cita de manera íntegra el Acuerdo Ministerial N.º 126, probablemente buscando validar la nula declaratoria de emergencia sanitaria definida por el MSP. Sin embargo, el accionar gubernamental se centra en el COE-N. Específicamente, el COE-N debe disponer los horarios y mecanismos de restricción del derecho a la libertad de tránsito y el derecho a la libertad de asociación y reunión, incluido el toque de queda y la cuarentena comunitaria (Decreto Ejecutivo N.º 1017, 2020, artículos 3, 5, y 9). Además, el presidente de Ecuador suspendió la jornada presencial de trabajo y dejó a criterio del COE-N la posibilidad de prorrogar la suspensión de la jornada presencial de trabajo (2020, artículo 6). La bicefalia en la gestión de información se evidencia en el artículo 16, dado que tanto el MSP como SNGRyE deben informar a la presidencia sobre la atención y evolución de la situación.³⁵ Por otro lado, también se evidencia la dispersión de instituciones responsables de la gobernanza del desastre cuando se encarga la ejecución del decreto a: «Ministerio de Salud Pública, al Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, Secretaría General de Comunicación, Ministerio de Gobierno, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y al Ministerio de Economía y Finanzas» (2020, artículo 17).³⁶

Adicionalmente, mediante el Decreto N.º 1019 se establece como zona especial de seguridad toda la provincia de Guayas, que ha sido la provincia más gravemente

³⁴ Hasta el 21 de mayo de 2020, no se ha emitido el dictamen de constitucionalidad al Decreto N.º 1052.

³⁵ En el Decreto N.º 1052 también se dispone al «Ministerio de Salud Pública y al Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias informen a la Presidencia de la República, de modo permanente, la atención y evolución de la emergencia en el Ecuador, en el contexto del estado de excepción [...]» (2020, artículo 17).

³⁶ La ejecución del Decreto N.º 1052 se les encarga a las mismas instituciones.

afectada por la pandemia (Decreto Ejecutivo N.º 1019, 2020, artículo 1).³⁷ En este decreto se dispersa nuevamente marco institucional. La zona de especial seguridad estaba bajo disposición del COE-N; esto implica que el COE-N debe aprobar las iniciativas y regulaciones (2020, artículo 5); sin embargo, a nivel local se establece una estructura operativa y otra de dirección. Por un lado, a nivel operativo, las Fuerzas Armadas deben conformar una Fuerza de Tarea Conjunta, que tiene la obligación de hacer una planificación incluyendo a la Policía Nacional (2020, artículo 3). Por otro lado, al gobernador de la provincia del Guayas se le encarga la dirección de las acciones interinstitucionales con las siguientes autoridades: «el General o Almirante designado por el Ministro de Defensa Nacional, quien estará a cargo de la Fuerza de Mando; la autoridad designada por el Ministerio de Salud Pública y el Oficial General de la Policía Nacional designado por el Ministerio de Gobierno» (2020, artículo 4). A pesar de que el COE-N estaría al mando de la zona especial de seguridad, la ejecución del decreto se encarga solamente «al COE Provincial del Guayas, a la Gobernación del Guayas, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Gobierno y Ministerio de Salud» (2020, artículo 9). Cabe señalar que la zona especial de seguridad y la Fuerza de Tarea Conjunta se desactivaron mediante el Decreto Ejecutivo N.º 1052 (2020, artículo 7).

Con respecto al COE-N, la Corte Constitucional recuerda que está regulado por el artículo 24 del Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado y «es una instancia de coordinación interinstitucional conformada por una sección plenaria integrada por el presidente y vicepresidente, secretarios de Estado, y autoridades civiles y militares; y una sección de asesoría técnica y científica» (Dictamen N.º 1-20-EE/20, 2020, párrafo 47).³⁸

La Corte recuerda que el COE es una instancia estratificada en «los distintos niveles de gobierno, diseñados para la coordinación de actividades estatales en [...] situaciones de emergencia y desastre» (2020, párrafo 73). Las atribuciones otorgadas a esta instancia de coordinación merecieron un especial análisis de la Corte Constitucional. Específicamente, en relación con las atribuciones otorgadas al COE en el decreto de estado de excepción, la Corte recuerda que toda disposición emitida por tales comités para complementar lo dispuesto por el presidente de la República será constitucional y necesaria si es:

- (i) en estricta coordinación con las autoridades correspondientes [...]; (ii) en atención a cumplir con los objetivos y fines del estado de excepción; (iii) con fundamento en los requisitos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad;³⁹ y, (iv)

37 De conformidad con el artículo 165, número 5, de la Constitución de la República del Ecuador.

38 En el dictamen de la Corte Constitucional se identifica una imprecisión cuando señala que la conformación del COE-N está detallada en el párrafo 6.1 del Manual del COE, cuando el COE-N está normado en el punto 5. El párrafo 6 corresponde al Comité de Operaciones de Emergencia Provincial (Dictamen N.º 1-20-EE/20, 2020, pie de página 12).

39 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). «Art. 123.- Para efectos del control material, la Corte Constitucional verificará que las medidas dictadas con fundamento en el estado de excepción cumplan los siguientes requisitos: 1. Que sean estrictamente necesarias para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria, y que las medidas ordinarias sean in-

previamente informada a la ciudadanía por los medios posibles, con el fin de brindar seguridad y certeza; así como proteger y respetar los derechos que no han sido suspendidos y limitados, y aquellos que no son susceptibles de intervención y que permanezcan vigentes a pesar de estado de excepción. (Dictamen N.o 1-20-EE/20, párrafo 74; párrafo VIII. 1. j)⁴⁰

También se recuerda que el COE-N no puede suspender derechos ni adoptar medidas excepcionales, lo cual «solo puede ordenarse mediante decreto ejecutivo de estado de excepción» (Dictamen N.º 1-20-EE/20, 2020, párrafo 76, párrafo VIII. 3). Además, se señala que las autoridades que conforman el COE-N tienen el «deber irrestricto de sujetarse a las competencias y atribuciones que expresamente le confiera la Constitución y la ley, conforme el artículo 226 de la Constitución» (2020, párrafo 75; párrafo VIII. 2). Sin embargo, como se mencionó anteriormente, las competencias atribuidas al COE no fueron conferidas por la Constitución ni por la ley, sino por un reglamento.

Finalmente, al emitir el dictamen favorable de constitucionalidad, la Corte observa que «[l]as autoridades públicas pertenecientes a todos los niveles de gobierno deberán encuadrar sus esfuerzos en la debida coordinación y cooperación mutuas, sea mediante los [COEs] [*sic*] o mediante otras figuras o mecanismos contemplados en nuestro ordenamiento jurídico» (Dictamen N.º 1-20-EE/20, 2020, párrafo VIII.1.h). Al respecto, cabe mencionar que otro mecanismo que se activó fue el Consejo de Seguridad Pública y del Estado (COSEPE), que aprobó «la extensión del Estado de Excepción declarado mediante Decreto Ejecutivo N.º 1017, por 30 días a partir del 16 de mayo de 2020, por las consideraciones sanitarias» (Decreto Ejecutivo N.º 1052, 2020, considerando 37mo).⁴¹ Además del presidente de la República, en el COSEPE participan el vicepresidente de la República, el presidente de la Asamblea Nacional, la presidenta de la Corte Nacional de Justicia, los ministros del sector Seguridad,⁴² el jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y el comandante de la Policía. En las referidas reuniones del COSEPE también participaron, en calidad de invitados, los miembros del «Gabinete Económico».⁴³ Sin embargo, el presidente de

suficientes para el logro de este objetivo; 2. Que sean proporcionales al hecho que dio lugar a la declaratoria; 3. Que exista una relación de causalidad directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar a la declaratoria y las medidas adoptadas; 4. Que sean idóneas para enfrentar los hechos que dieron lugar a la declaratoria; 5. Que no exista otra medida que genere un menor impacto en términos de derechos y garantías; 6. Que no afecten el núcleo esencial de los derechos constitucionales, y se respeten el conjunto de derechos intangibles; y, 7. Que no se interrumpa ni se altere el normal funcionamiento del Estado».

40 De igual manera, en el dictamen de la Corte Constitucional sobre la declaratoria de la provincia del Guayas como zona especial de seguridad, se citan los mismos cuatro parámetros que deben respetar las disposiciones del Comité de Operaciones de Emergencia Nacional (Dictamen N.º 1-20-EE/20A, 2020, párrafo VI. 1.e).

41 Resolución COSEPE N.º 25-1, en la sesión ordinaria N.º 25, realizada los días 4 y 5 de mayo de 2020.

42 Ministros de Defensa Nacional, Gobierno y Relaciones Exteriores.

43 Ver: <https://www.comunicacion.gob.ec/el-consejo-de-seguridad-acuerda-extender-el-estado-de-excepcion-y-ajustar-el-presupuesto-publico/> (Visitada el 21 de mayo de 2020). Además, «se adoptó la resolución de que, hasta el 30 de mayo, las diferentes funciones del Estado revisen su asignación anual

la República es competente para decretar estado de excepción, así como su renovación,⁴⁴ y no existe norma alguna que señale la necesidad de una aprobación por parte del COSEPE, el cual podría tan solo hacer una recomendación.⁴⁵ Por lo que la «aprobación» que menciona el Decreto N.º 1052 puede responder a motivos políticos mas no jurídicos.

En el referido decreto el COE-N nuevamente tiene competencia para disponer los horarios y mecanismos de restricción de los derechos a la libertad de tránsito y libertad de asociación y reunión (Decreto Ejecutivo N.º 1052, 2020, artículo 3). Además, el COE-N determinará: a) corredores logísticos para los sectores estratégicos (2020, artículo 4); b) los parámetros y directrices para la reactivación de actividades laborales en cantones con semáforos en amarillo o verde; y, c) los términos para ejecución de la suspensión del derecho a la libertad de asociación y reunión.

Dentro de las resoluciones del COE-N se identifican disposiciones para instituciones que son parte de la función ejecutivo central,⁴⁶ pero también exhortos para la función judicial (Resoluciones COE-N 21 de abril, 2020). Además, existen disposiciones del presidente y del COE-N para los GAD, respecto de las cuales han existido cuestionamientos por parte de los alcaldes, quienes incluso temen que la contraloría establezca glosas por ejercer «competencias que no [les] corresponden».⁴⁷

para hacer un recorte de entre el 10% y 15% del gasto corriente».

44 Constitución del Ecuador (2008), artículos 164-166.

45 Ley de Seguridad Pública y del Estado (2009). «Art. 7.- El Consejo de Seguridad Pública y del Estado, tendrá las siguientes funciones: a) Asesorar y recomendar al Presidente o Presidenta de la República sobre las políticas, planes y estrategias de Estado, y sobre sus procedimientos, en materia de seguridad pública; y, b) Recomendar al Presidente o Presidenta de la República la adopción de medidas de prevención e intervención en casos de acontecimientos graves o amenazas que afecten o puedan afectar la integridad de los habitantes y del Estado».

46 Entre el 14 de marzo y el 23 de mayo, el COE-N ha emitido 45 resoluciones. Dentro de estas, se han conferido responsabilidades de diversa índole, incluyendo la creación de normativa, a diversos ministerios y autoridades incluyendo: Ministerio de Salud, Ministerio de Educación, Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Ministerio de Gobierno, Ministerio de Defensa, Ministerio de Producción, Ministerio de Agricultura, Cancillería, Fuerzas Armadas, entre otros. Por ejemplo, en la resolución del 21 de abril se le encomienda al Ministerio de Turismo la ubicación de albergues. En la resolución del 16 de abril, se dispuso a los ministerios de Salud y Gobierno reformar el reglamento para multar a infractores las medidas de aislamiento. En la resolución del 4 de abril, se dispuso al Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y a la Dirección de Aviación Civil que coordinen el retorno de ecuatorianos en vuelos humanitarios. Para más información visitar: <https://www.gestionderiesgos.gob.ec/resoluciones-coe/> (Visitado el 17 de mayo de 2020).

47 Para el presidente de la Asociación de Municipalidades del Ecuador, Raúl Delgado, el anuncio del presidente Lenin Moreno sobre que los alcaldes deben tomar la decisión del color del semáforo fue «erróneo». Ver: <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/pandemia-cifras-variables-que-confunden-alcaldes> (visitado el 24 de mayo de 2020).

5. Los GAD en la respuesta al COVID-19

Los GAD y los COE locales⁴⁸ han recibido varias disposiciones por parte del presidente de la República, en los decretos de estado de excepción, y por parte del COE-N.⁴⁹

En un primer momento, en el Decreto N.º 1017 (2020), se señala que los COE locales deben coordinar los medios de ejecución de las suspensiones de derechos (artículo 3) y los GAD municipales deben colaborar con sus agentes de control en la vigilancia a la limitación del derecho a la libertad de tránsito (2020, artículo 4).⁵⁰ Adicionalmente, en el Decreto 1052 se agregan nuevas responsabilidades para los GAD, quienes deben adoptar el color del semáforo en cada cantón,⁵¹ con base en los cuales el COE-N dispondrá los horarios y mecanismos de restricción de los derechos a la libertad de tránsito y libertad de asociación y reunión (Decreto N.º 1052, 2020 artículo 3). Así mismo, se reitera la disposición por la que los GAD municipales colaborarán con sus agentes de control metropolitano y municipal en la vigilancia a la limitación del derecho a la libertad de tránsito (2020, artículo 4).

En relación con el trabajo y coordinación entre los diferentes niveles de gobierno, la Corte Constitucional manifestó que «es imperante que las autoridades públicas pertenecientes a todos los niveles de gobierno encuadren sus esfuerzos en la debida

48 En relación con los Comités de Operaciones de Emergencia, estos «operarán bajo el principio de descentralización subsidiaria, que implica la responsabilidad directa de las instituciones dentro de su ámbito geográfico [...]. Existirán Comités de Operaciones de Emergencia Nacionales, provinciales y cantonales [...]» (Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, 2010, artículo 24).

49 Por ejemplo, en la resolución del 7 de abril, el COE dispuso a los GAD la emisión de ordenanzas que regulen el uso de mascarillas. En la resolución del 22 de marzo se dispuso el establecimiento de mecanismos de control al ingreso en mercados. Así mismo, en resoluciones del 15 y 16 de marzo se emitieron disposiciones a la Asociación de Municipalidades del Ecuador (AME) respecto a la uniformización de protocolos de higiene y la suspensión de servicios públicos. En numerosas resoluciones el COE-N recordó a los GAD que deben cumplir con sus decisiones y no tomar medidas aisladas. En la resolución del 17 de marzo el COE recordó a los GAD que las decisiones aisladas, de imposible aplicación o fuera de sus competencias generan confusión y caos. Aquella resolución terminó con un pedido de disciplina para las autoridades locales. Disponible en: <https://www.gestionderiesgos.gob.ec/resoluciones-coe/> (Visitado el 24 de mayo de 2020).

50 «Art. 4.- DETERMINAR que el alcance de la limitación del ejercicio del derecho a la libertad de tránsito se realizará únicamente con la finalidad específica de mantener una cuarentena comunitaria obligatoria en las áreas de alerta sanitaria determinadas por la Autoridad Nacional de Salud para contener el contagio de la enfermedad, cuando ya existan casos confirmados en dicha área, y en todo el territorio nacional, para prevenir la generación de nuevos contagios en el desarrollo de actividades habituales [...] En este contexto, la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, de forma complementaria, vigilarán el cumplimiento de esta limitación [...]».

51 Los criterios para la semaforización los determinó el Comité de Operaciones de Emergencia Nacional en el Anexo 1 del Informe de Situación N.º 042. Cada COE cantonal sería el encargado de escoger el color para su cantón entre rojo, amarillo o verde. Conforme cambia el color, las medidas de aislamiento y paralización se van flexibilizando, siendo el color verde el estado más permisivo o flexible. De acuerdo al color, variarán las modalidades permitidas para las actividades comerciales, los días permitidos para la circulación vehicular de privados, el horario del toque de queda y las modalidades de la jornada laboral tanto en instituciones públicas como privadas». Para más información visitar: <https://www.gestionderiesgos.gob.ec/wp-content/uploads/2020/04/Informe-de-Situaci%C3%B3n-No042-Casos-Coronavirus-Ecuador-29042020.pdf>

coordinación y cooperación mutuas, sea mediante estos comités u otras figuras o mecanismos contemplados en [el]ordenamiento jurídico» (Dictamen N.º 1-20-EE/20, 2020, párrafo 73). Así mismo, la Corte Constitucional determinó que el COE-N «atenderá a las realidades locales y nacionales, en constante coordinación con los diferentes [GAD] y demás autoridades seccionales» (2020, párrafo 73; párrafo VIII.i).

En relación con el Decreto N.º 1019, que establece a la provincia del Guayas como zona especial de seguridad, no se hace referencia a la coordinación con los GAD ni con los COE locales. Sin embargo, en dictamen de la Corte Constitucional se señaló «[q]ue al dirigir las acciones interinstitucionales en la zona especial de seguridad, el Gobernador de la provincia del Guayas deberá atender a las realidades locales y nacionales, en constante coordinación con los diferentes GAD y demás autoridades nacionales y seccionales» (Dictamen N.º 1-20-EE/20A, 2020, párrafo VI. 1.g).

Como se evidencia, la Corte Constitucional ha subrayado la necesidad de gestionar los riesgos de forma descentralizada. Además, apunta a una de las debilidades del sistema y de la respuesta: por un lado, ausencia de un sistema realmente descentralizado; y, por otro lado, en la respuesta se ha identificado una desconexión entre los GAD en el Gobierno central. En el desarrollo de la crisis se han registrado graves problemas de coordinación entre los GAD y el COE-N. Lo cual ha estado marcado por disposiciones e incluso llamados de atención por parte del COE-N hacia los GAD.⁵² Por ejemplo, en la resolución del 17 de marzo el COE-N recordó a los GAD «que, los problemas que surjan en la lucha contra el virus covid-19, serán canalizadas y resueltas [*sic*] a través del COE-NACIONAL». En este contexto, el presidente de la Asociación de Municipalidades del Ecuador (AME), Raúl Delgado, solicitó un diálogo entre el presidente, los alcaldes y prefectos.⁵³ Diálogo y coordinación que son necesarios para la respuesta al desastre provocado por el COVID-19, y fundamentales para la recuperación.

6. Conclusiones

En el ámbito normativo, la gobernanza de la gestión de riesgos de desastres en Ecuador se encontraba debilitada debido, entre otros factores, a la ausencia de una ley especializada, que debía ser adoptada en cumplimiento del mandato constitucional. La ley de gestión de riesgos debe definir funciones y responsabilidades de las instituciones que son parte de la gobernanza de la gestión del riesgo de desastres. La referida ley debe contar con instrumentos presupuestales.⁵⁴ Adicionalmente, de acuerdo con la norma constitucional, el sistema nacional descentralizado de gestión

52 Para más información visitar: <https://www.gestionderiesgos.gob.ec/wp-content/uploads/2020/05/Disposiciones-del-Coe-Nacional-a-Gads.pdf> (Visitado el 24 de mayo de 2020).

53 En el evento denominado «El fortalecimiento de la gobernanza frente al covid-19 Público», organizado por Friedrich Ebert Stiftung Ecuador FES - ILDIS y AME: Asociación de Municipalidades Ecuatorianas, 12 de mayo de 2020.

54 En la actualidad no existe evidencia de fondos para «incentivar a los sectores a implementar acciones en gestión del riesgo de desastres» (Lacambra et al., 2017, p. 32).

de riesgo debe ser parte del sistema de inclusión y equidad social, y no del sector de seguridad, como se registran varias iniciativas. Incluso hoy existe un proyecto de ley denominado Código de Seguridad del Estado, en el cual se incluye al sistema nacional descentralizado de gestión de riesgos. Además, la gestión de riesgos debe fundamentarse en la obligación estatal de proteger a las personas frente al riesgo de desastres; consecuentemente, debe fundamentarse en los derechos humanos.

Se debe fortalecer el Sistema Descentralizado de Gestión de Riesgos. Después de 2008, principalmente se ha fortalecido el sistema central; sin embargo, a nivel local existe una gran deuda pendiente. Es más: a partir de 2018, el denominado «ente rector» también se debilitó con un nuevo cambio institucional; además, el sistema vive en constante amenaza de ser modificado por un decreto presidencial. Estas debilidades se han visibilizado en la respuesta al COVID-19, pero también ha quedado en evidencia la importancia fundamental que tienen los GAD en la gestión de riesgos, dado que ahora son ellos los que deben afrontar el desastre en primera línea. Durante la respuesta al COVID-19 se han emitido varias disposiciones a los GAD y a los COE cantonales, sin que exista una verdadera descentralización de la gestión, incluyendo la transferencia de las capacidades humanas, técnicas, tecnológicas, materiales y financieras, para llevar a cabo estas responsabilidades. Por ello, es fundamental trabajar en un verdadero sistema nacional descentralizado de gestión de riesgo, teniendo presente que la descentralización subsidiaria implica que una instancia de mayor nivel brindará apoyo cuando las capacidades de la institución de menor nivel sean insuficientes. No obstante, en la respuesta al COVID-19 en Ecuador ha ocurrido lo contrario. Ante la incapacidad del Gobierno nacional de gestionar el monitoreo de las acciones (semaforización) y el manejo de la información, se trasladó la responsabilidad a los GAD. Decisión que se tomó sin verificar previamente las capacidades institucionales, técnicas y financieras de los 221 municipios del Ecuador.

El marco legal vigente no determina cuál es la institución responsable de la fase de recuperación. En esta fase se registrará el mayor flujo de recursos y también las mayores debilidades, por lo que debería existir un ente rector realmente descentralizado para la fase de recuperación, que debe trabajar bajo lineamientos científicos y técnicos. De esta forma se fortalecería la institucionalidad de la gobernanza de la gestión de riesgos. En el proyecto de ley, erróneamente denominado de «apoyo humanitario», para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19,⁵⁵ el Ejecutivo proponía la creación de una cuenta especial para la asistencia humanitaria y el impulso a la economía, es decir, una cuenta enfocada en la fase de recuperación. Los beneficiarios de la referida cuenta eran «los destinatarios de los planes, programas, proyectos y actividades de instituciones públicas o privadas, pueblos, comunidades y organizaciones de la sociedad civil, de acuerdo con las políticas que se establezca para el efecto». Además, se planteaba crear una veeduría de observación al manejo de la referida cuenta especial, integrada por cinco (5) miembros de la sociedad

55 Para mayor información, ver: <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/deb73599-c445-41d6-8c3a-a10f905745ea/Ley%20Org%E1nica%20de%20Apoyo%20Humanitario%20para%20Combatir%20la%20Crisis%20Sanitaria%20Derivada%20del%20Covid-19.pdf> Visitado el 20 de mayo de 2020.

civil nombrados por el presidente de la República. El Legislativo no aprobó esta propuesta; sin embargo, es probable que existan nuevas intenciones de crear instituciones temporales y dispersas para la fase de recuperación, lo que debilitaría la gobernanza del riesgo de desastres y abriría aún más la puerta para la arbitrariedad y la corrupción.

La falta de institucionalidad es el espacio para la ausencia de transparencia en la gestión; consecuentemente, es el caldo de cultivo para la corrupción. Por ello se debe generar una institucionalidad de gestión de riesgos sólida y técnica, con procesos de administración claros, incluyendo sistemas de contratación que respondan a contextos de desastres y crisis, con mecanismos como el almacenamiento y el preposicionamiento de suministros. Adicionalmente, se deben establecer mecanismos específicos de control para la gestión de riesgos.⁵⁶

El COE-N, instancia de coordinación institucional creada por un reglamento adoptado por decreto presidencial, ha asumido atribuciones por medio de decretos de estado de excepción. Los límites a la actuación del COE-N han sido observados por la Corte Constitucional. Sus competencias merecen un análisis particular porque no fueron otorgadas ni por la ley ni por la Constitución, como lo exigen la misma Constitución y el COA. Por ello, la naturaleza y las competencias del COE-N evidencian, una vez más, la necesidad de contar con una ley que regule la gestión de riesgos y su gobernanza. Los COE deben actuar en las fases de reducción, respuesta y recuperación. Ante el COVID-19, el COE-N está actuando de forma reactiva y tardíamente. El COE-N debió activarse cuando se dieron las primeras alertas de la OMS. Es más: ahora se debe definir el rol del COE-N en la fase de recuperación.

Se debe contar con un plan de contingencia y planes *ex ante* de recuperación, para las pandemias. Además, es preciso adoptar planes de respuestas específicos como se hizo ante el ébola. Concretamente, frente al COVID-19 se debía adoptar un plan de respuesta, lo cual no se hizo, pero aún se puede trabajar en un plan de recuperación bajo lineamientos técnicos, incluyendo la descentralización como uno de sus ejes.

Este análisis se centró en las principales instituciones que lideran la respuesta al COVID-19 en Ecuador; sin embargo, la gobernanza de la gestión del riesgo debe incluir todos los niveles y sectores. Además de los sectores gubernamentales se debe incluir a las comunidades, la sociedad civil, el sector privado, las asociaciones de profesionales y las organizaciones científicas. Igualmente, la gobernanza de la gestión de riesgos incluye acciones a nivel global y regional, por lo que se debe incorporar en el análisis a organismos internacionales, como Naciones Unidas, y regionales, como la Comunidad Andina. El propio Marco de Sendai y la reducción de riesgos de desastres, en términos generales, deben ser objeto de una revisión. En ella es preciso contemplar específicamente los riesgos globales, como el cambio climático y las pandemias. Esto exige un mayor nivel de coordinación y trabajo entre los diferentes regímenes internacionales y sus organismos internacionales.

56 En el iGOPP «no encontró evidencia de la existencia de normativa que establece que la [gestión de riesgos de desastres] deba ser objeto de control por parte de las entidades de control, ni se pudo verificar la existencia de controles sobre el cumplimiento de la normativa de [gestión de riesgos de desastres] el país» (Lacambra et al., 2017, p. 33).

Referencias

Acuerdo Ministerial N.º 126, Ministerio de Salud Pública, Registro Oficial Suplemento 160 de 12 de marzo de 2020.

Acuerdo Ministerial N.º 5182, Ministerio de Salud Pública, Registro Oficial Suplemento 380 de 21 de noviembre de 2014.

Aguilar, J. P. (2013). Neoconstitucionalismo en el Ecuador: una mirada al jurista ingenuo. *Iuris Dictio*, 13(15).

Cahueñas, H. (2018a). Eventos naturales convertidos en desastre: cuando la falta de reducción de riesgos vulnera los derechos humanos. *Revista Memoria del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp)*, N.º 27. <http://idehpucp.pucp.edu.pe/revista-memoria/articulo/eventos-naturales-convertidos-en-desastre-cuando-la-falta-de-reduccion-de-riesgos-vulnera-los-derechos-humanos/>

Cahueñas, H. (2018b). Sin ley ni organismo técnico: la institucionalidad de la gestión de riesgo de desastres en la respuesta al terremoto de 2016 en Ecuador. Foro: *Revista de Derecho*, N.º 30, 51-66. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/6518>

Código Orgánico Administrativo (COA), Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Ley N.º 0, Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de julio de 2017.

Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Ley N.º 0, Registro Oficial Suplemento 19 de 21 de junio de 2017.

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Ley N.º 0, Registro Oficial Suplemento 303 de 19 de octubre de 2010.

Colectivo Ecuador con Gestión de Riesgos (2020). Carta Abierta. Recuperado de: <https://bit.ly/3bpTTxz>

Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente, Decreto Legislativo N.º 0, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

CSSE (2020). COVID-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University. Recuperado del sitio web del CSSE: <https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>

Decreto Ejecutivo N.º 1017, Presidente de la República del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 163 de 17 de marzo de 2020.

Decreto Ejecutivo N.º 1018, Presidente de la República del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 195 de 4 de mayo de 2020.

Decreto Ejecutivo N.º 1019, Presidente de la República del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 195 de 4 de mayo de 2020.

Decreto Ejecutivo N.º 1052, Presidente de la República del Ecuador, Registro Oficial Tercer Suplemento 209 de 22 de mayo de 2020.

Decreto Ejecutivo N.º 534, Presidente de la República del Ecuador, Registro Oficial Suplemento 360 de 5 de noviembre de 2018.

Díaz, J. F. (2018). Los procedimientos de emergencia en la contratación pública. Foro: *Revista de Derecho*, (30), 107-118.

Dictamen N.º 1-20-EE/20A (Corte Constitucional de la República del Ecuador, 25 de marzo de 2020).

Dictamen N.º 1-20-EE/20 (Corte Constitucional de la República del Ecuador, 19 de marzo de 2020).

Informe de Situación COVID-19 Ecuador, Comité de Operaciones de Emergencia Nacional (COE), Informe N.º 001 (2020).

Informe del grupo de trabajo intergubernamental de expertos de composición abierta sobre los indicadores y la terminología relacionados con la reducción del riesgo de desastres, Nota del Secretario General ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/71/644 (2016).

Lacambra, S., Hori, T., Jaimes, I., Sanahuja, H., Torres, A., & Visconti, E. (2017). *Índice de Gobernabilidad y Políticas Públicas en Gestión de Riesgo de Desastres (iGOPP): Informe nacional: Ecuador*. Recuperado del sitio web del Banco Interamericano de Desarrollo: <https://publications.iadb.org/es/indice-de-gobernabilidad-y-politicas-publicas-en-gestion-de-riesgo-de-desastres-igopp-informe-4>

Ley de Seguridad Pública y del Estado, Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Ley N.º 0, Registro Oficial Suplemento 35 de 28 de septiembre de 2009.

Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Uso y Gestión del Suelo (LOOTUS), Asamblea Nacional de la República del Ecuador, Ley N.º 0, Registro Oficial Suplemento 790 de 5 de julio de 2016.

Ley Orgánica de Salud, Congreso Nacional, Ley N.º 67, Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Asamblea Constituyente, Ley N.º 1, Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de agosto de 2008.

Manual del Comité de Operaciones de Emergencia (COE), Secretaría de Gestión de Riesgos, Resolución N.º SGR-142-2017.

Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030, adoptado en la tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas celebrada en Sendai (Japón) (2015).

Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca (2020). Comex notifica al Senae prohibición temporal de exportación de mascarillas de protección. Recuperado de: <https://www.produccion.gob.ec/comex-notifica-al-senae-prohibicion-temporal-de-exportacion-de-mascarillas-de-proteccion/>

Oficio N.º MSP-MSP-2020-0570-O, Ministerio de Salud Pública (2020).

Organización Mundial de la Salud (2020). Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. Recuperado

del sitio web de la OMS: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

Oyarte, R. (2016). *Derecho constitucional*. Quito: Cooperación de Estudios y Publicaciones.

Quintana, I. (2019). Las competencias en el Código Orgánico Administrativo. En *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo* (pp. 159-182). Quito: Cevallos Editora Jurídica.

Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, Presidente de la República del Ecuador, Decreto Ejecutivo N.º 486, Registro Oficial Suplemento 290 de 30 de septiembre de 2010.

Resoluciones COE-N 21 de abril, Comité de Operaciones de Emergencia Nacional (2020).

UNDRR (2020). Online Workshop on «Resilience of local governments: a multi-sectoral approach to integrate public health and disaster risk management». Recuperado del sitio web de la Oficina de las Naciones Unidas para Reducción de Riesgo de Desastres: <https://www.undrr.org/event/online-workshop-resilience-local-governments-multi-sectoral-approach-integrate-public-health>

O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade

Flávio Tartuce

Escola Paulista de Direito

O novo coronavírus —tecnicamente chamado de Covid-19— transformou-se em uma pandemia de repercussões inimagináveis para todos, atingindo em cheio os contratos e demais negócios jurídicos. Desde o surgimento do vírus no Brasil, muito já se produziu a respeito das repercussões contratuais, destacando-se, de imediato, os textos publicados na coluna *Migalhas Contratuais*, do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCont). Por certo é que não só nos momentos de aguda crise, mas também depois que ela passar, enormes são e serão os desafios a superar no enfrentamento das questões contratuais.

Neste meu breve estudo, procurarei demonstrar, em termos gerais, os grandes dilemas que dizem respeito à extinção, revisão ou conservação das avenças. O texto está dividido em cinco partes, de forma bem didática.

Na *primeira* delas, serão expostas as ferramentas que o Direito Privado apresenta para a extinção ou revisão dos contratos. Na *segunda*, demonstrarei os instrumentos de conservação, de permanência do negociado, de respeito à palavra dada. Na *terceira parte*, apresentarei uma dúvida do professor Anderson Schreiber, sobre duas possíveis soluções para a análise dos contratos em tempos de pandemia, dando a minha resposta. Na *quarta*, tomarei por base o artigo de Eduardo Nunes e Rodrigo da Guia, sobre a distinção de três hipóteses concretas que devem ser analisadas, dependendo da situação em que se situe cada negócio jurídico e os institutos aplicáveis para sua extinção ou revisão. Na *quinta* e última parte, trarei algumas sugestões para solucionar as novas dúvidas do cotidiano dos negócios em geral.

Pois bem, iniciando-se pelos instrumentos existentes no sistema para a revisão ou resolução contratual, elenco os seguintes, muitos deles já destacados em textos até aqui publicados, em rol meramente exemplificativo:

- a) Alegação de caso fortuito —evento totalmente imprevisível— ou força maior —evento previsível, mas inevitável—, nos termos do art. 393 do Código Civil, para justificar o inadimplemento. Por esse comando, o devedor não responde pelos prejuízos resultantes desses eventos se expressamente não se houver por eles responsabilizado, por força do contrato.
- b) Resolução ou revisão do contrato com base na teoria da imprevisão ou da onerosidade excessiva, o que tem fundamento, nas relações civis, nos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil. Nunca é demais lembrar que a codificação privada exige, além da onerosidade excessiva, que o fato novo superveniente que causou

o desequilíbrio seja, ao menos, imprevisível, afirmação que vale para a pandemia de Covid-19. Quanto aos contratos de consumo, a revisão ou resolução contratual dispensa a imprevisibilidade, bastando um fato novo que cause a quebra da base objetiva do negócio, da proporcionalidade das prestações (art. 6, inc. V, da Lei n. 8.078/1990).

- c) Utilização do instituto da impossibilidade da prestação, mesmo que sem culpa da parte da relação obrigacional, o que gera a sua resolução ou extinção, sem a imputação de perdas e danos, ou seja, sem que surja o dever de responder por eventuais prejuízos causados pela extinção do negócio. A impossibilidade tem por fundamento o art. 234 do Código Civil —no caso de obrigação de daro seu art. 248 —em se tratando de obrigação de fazere o art. 250 da codificação privada— presente a obrigação de não fazer.
- d) Argumento da exceção de contrato não cumprido, retirado do art. 476 do Código Civil, segundo o qual, em um contrato bilateral —com deveres proporcionais para ambos os pactuantes—, uma parte não pode exigir que a outra cumpra com a sua obrigação se não cumprir com a própria. Como efeito resolutivo, se ambas as partes não cumprirem com o que é devido, o negócio será reputado como extinto e resolvido, desde que isso seja alegado em uma demanda judicial, pois trata-se de uma cláusula resolutiva tácita (art. 474 do CC).
- e) A exceção de contrato não cumprido também cabe no caso de iminência de descumprimento por uma das partes, como se retira do art. 477 do CC/2002, podendo-se exigir o cumprimento antecipado ou garantias prévias, sob pena de resolução. Desse último preceito retira-se a *exceção de insegurança*, suspendendo-se o cumprimento do contrato até que as exigências contidas na norma sejam atendidas (Enunciado n. 438 da *V Jornada de Direito Civil*). Também é possível dele abstrair a tese da *quebra antecipada do contrato* ou *inadimplemento antecipado*, quando os fatos demonstrarem, de forma séria e real, que o descumprimento é iminente (Enunciado n. 437 da *V Jornada de Direito Civil*).
- f) Alegação da *frustração do fim da causa do contrato*, como se retira do Enunciado n. 166 da *III Jornada de Direito Civil*, outra afirmação doutrinária interessante para os dias atuais: «a frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil. Apesar de o Código Civil Brasileiro não ter adotado expressamente a teoria da causa do contrato ou do negócio jurídico —como fez, por exemplo, o Código Civil Italiano (arts. 1.325, 1.343 a 1.345)—, tem-se associado a tese da frustração do fim com a função social do contrato, em sua eficácia interna, o que conta com o meu apoio doutrinário. Assim sendo, se, por um motivo estranho às partes, o contrato perder sua *razão de ser*, será reputado extinto, mais uma vez com a resolução sem perdas e danos.

Expostos os principais argumentos para a revisão ou resolução dos contratos, tem-se, por outra via, com vistas à sua manutenção, se não de acordo com o que foi inicialmente pactuado, em sentido muito próximo:

- a) Boa-fé objetiva, o que tem fundamento nos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, sem prejuízo de outras regras específicas, como a norma relativa ao seguro (art. 765 do CC). Como é notório, a *Lei da Liberdade Econômica* (Lei n. 13.874/2019) alterou o primeiro comando, inserindo dois novos parágrafos, valorizando sobremaneira o avençado e aumentando a força da autonomia privada. Assim, nos termos do novo § 1º do art. 113 do CC/2002, a interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativos ao tipo de negócio; corresponder à boa-fé; for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e corresponder àquela que seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. Ademais, está previsto que as partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei. A valorização da boa-fé também é retirada do art. 3º, incs. V e VIII, da Lei n. 13.874/2019 («Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] V —gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário; [...] VIII— ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública»).
- b) Força obrigatória das convenções e dos contratos, concretizado na máxima *pacta sunt servanda*, adotada expressamente por vários preceitos da Lei da Liberdade Econômica, com destaque para o seu art. 2º —ao valorizar a liberdade como princípio inerente à garantia no exercício de atividades econômicas para os últimos comandos transcritos.
- c) Função Social do Contrato, novamente em sua eficácia interna, no sentido de conservar ao máximo os negócios pactuados e a autonomia privada (arts. 421 e 2.035, parágrafo único, do CC). Nesse sentido, destaco o Enunciado n. 22, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: «a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas». Constata-se, portanto, que esse princípio pode ser utilizado, em suas diferentes expressões, tanto para a extinção como para a manutenção do contrato.
- d) Função Social do Contrato, em sua eficácia externa, no sentido de que a solução contratual não pode trazer lesões a interesses difusos e coletivos, bem como prejuízos a terceiros, caso de consumidores. Dentro dessa ordem, o contrato não pode ofender valores ambientais ou atinentes à concorrência.
- e) Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas relações contratuais, constante do novo parágrafo único do art. 421 do Código Civil, inserido pela citada *Lei da Li-*

berdade Econômica: «nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual». Apesar de dúvida levantada por alguns civilistas quanto à existência ou não desse princípio nas relações contratuais —mormente diante de um Código Civil com várias normas de ordem pública e com caráter intervencionista—, é possível reconhecer a sua aplicação restrita aos contratos paritários —com ampla negociação do seu conteúdo—, foco principal da Lei n. 13.874/2019.

- f) Incidência das regras relativas ao inadimplemento, seja absoluto ou relativo, caso dos arts. 389, 390, 391, 394 e 396 do Código Civil, sem prejuízo das consequências jurídicas dele advindas, constantes das normas seguintes, as relativas aos juros e à cláusula penal. Como consequência dos dispositivos que tratam do inadimplemento contratual, o art. 475 do Código Civil prevê que «a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos». Sobre a exigência de cumprimento do contrato, constante do último preceito, o Código de Processo Civil consagra mecanismos de tutela específica para as obrigações de dar coisa certa, fazer e não fazer, como a fixação de multa diária ou *astreintes* (arts. 497, 498 e 536 do CPC/2015).

Expostos os argumentos que podem ser utilizados de forma contraposta nas demandas relativas à pandemia, todos eles muito plausíveis, cabe interrogar, como fez Anderson Schreiber em mensagem eletrônica, qual seria a melhor solução para os contratos em tempos de pandemia. Aplicar a *generalização* para a extinção ou revisão imediata, com a utilização dos primeiros mecanismos listados, liberando-se o devedor de suas obrigações em muitas das situações ou até como regra geral? Ou, por outra via, analisar o *impacto específico* para cada contrato, sendo possível também utilizar os mecanismos de conservação? A minha resposta, como quer o jurista citado, é pelo segundo caminho, buscando-se um equilíbrio entre as teses conflitantes.

A propósito, em artigo muito bem desenvolvido, Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia procuram separar três grupos ou hipóteses de contratos, propondo soluções diversas com vistas à resolução ou revisão (*Resolução contratual nos tempos do novo coronavírus*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em: 26 mar. 2020).

No primeiro grupo estão aqueles contratos em que houve a intervenção do Estado por atos normativos para fazer cessar as atividades, um *fato do príncipe*, como nos casos de cinemas, restaurantes, teatros e lojas em *shopping centers* ou fora deles. Para esses negócios, os autores sugerem a incidência da impossibilidade da prestação, com a suspensão de pagamentos ou eventual resolução no futuro, sem imputação de culpa a qualquer uma das partes.

No segundo grupo de contratos situam-se os negócios em que não há ato normativo de intervenção, mas está presente a falta de interesse da parte quanto ao seu conteúdo, o que se verifica para as compras de passagens aéreas. Nesses, incide a tese da frustração do fim da causa, que, como visto, tem relação com a função social

do contrato, resolvendo-se este sem a imputação de culpa a qualquer uma das partes. De todo modo, não se pode admitir, com essa solução, uma proteção exagerada de qualquer uma das partes para que, por exemplo, os valores sejam devolvidos somente após um longo período de tempo, fora da esperada razoabilidade. Assim, um prazo de doze meses para a devolução dos valores relativos às passagens aéreas me parece algo excessivo.

Por fim, no terceiro grupo temos os contratos em que houve um agravamento do sacrifício econômico para uma ou ambas as partes, caso de grandes contratos de fornecimento entre empresas, ou empréstimos bancários para o incremento do capital de giro. Aqui, devem ser subsumidos os preceitos relacionados à revisão ou mesmo resolução por onerosidade excessiva, caso dos arts. 317 e 478 do Código Civil. Não se pode esquecer que, diante do princípio da conservação e da correspondente função social do contrato, a extinção do contrato deve ser a última medida a ser tomada. Nesse contexto, cito o Enunciado n. 176 da *III Jornada de Direito Civil*: «em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual».

A divisão proposta pelos autores parece-me perfeita. Porém, não se pode perder de vista algumas ressalvas para a manutenção das avenças, para o *salvamento dos contratos*. Além da premissa de ser a revisão a regra e a resolução contratual a exceção, é sempre recomendável o atendimento aos deveres de informar e de transparência, relacionados à boa-fé objetiva. Assim, penso que as partes devem, sempre que possível e imediatamente, comunicar qual a sua situação econômica e se pretendem ou não cumprir com as suas obrigações futuras. No caso da impossibilidade de cumprimento, é saudável que a parte apresente já um plano de pagamento, com diluição das parcelas no futuro.

Nesse contexto, pode ser aplicado algo próximo à *moratória legal*, prevista no art. 916 do Código de Processo Civil. Conforme esse comando, em havendo execução de quantia certa, no prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês. Esse plano de pagamento, previsto na própria lei processual, é interessante e pode ser aplicado extrajudicialmente. Isso não obsta, contudo, que os prazos e percentuais sejam alterados, a depender das circunstâncias fáticas e da própria natureza da pactuação. Também é possível sustentar —uma vez que a pandemia é um fato que gera consequências não imputáveis aos contratantes—, o afastamento da cobrança dos encargos e acessórios da dívida, como juros moratórios e multas contratuais.

Aprofundando, entendo ser interessante, por colaboração entre as partes, a instituição de «prazos de graça» ou de «prazos de favor», com a extensão para pagamento ou para cumprimento posterior das obrigações. Tal solução, a propósito, consta do art. 47 da Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias (CISG), que no Brasil foi internalizada por força do Decreto n. 8.327/2014. Vejamos o seu teor:

(1) O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações. (2) Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento do contrato, durante o prazo suplementar. Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato.

Trata-se do que se denomina como *extensão de prazo* (*Nachfrist*), cuja aplicação, nesses tempos de crise, pode ser ampliada para outros contratos e negócios jurídicos, além da compra e venda internacional de mercadorias. Nesse contexto, é viável a concessão de um prazo adicional ou período de carência de uma parte à outra, período em que não caberá alegar a resolução contratual por inadimplemento, o que tem o intuito de conservar a avença, diante do dever de colaboração retirado da boa-fé.

Sem prejuízo dessas soluções consensuais, seria interessante a edição de leis emergentes para a solução dos contratos privados, como normas que estabeleçam moratórias em determinados contratos? Essa é uma dúvida atroz, que já tem dividido os juristas. Cito, como tal proposição, o Projeto de Lei n. 884/2020, originário do Senado Federal, que pretende suspender imediatamente as cobranças de aluguéis em todas as locações, por noventa dias. A proposta também almeja que os valores de aluguéis devidos deverão ser assumidos pelo Governo Federal quando o proprietário do imóvel alugado possuir patrimônio em valor inferior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) declarado em seu imposto de renda. O grande problema de propostas como essa —além da comum crítica de uma intervenção excessiva do Estado nos contratos— é o de cair na antes citada generalização. De todo modo, a aprovação de uma lei geral privada sobre o regime jurídico temporário a ser aplicado nos tempos de crise oriunda da pandemia viria em boa hora, caso do Projeto de Lei n. 1179/2020, originário do Senado Federal.

Assim, reitero a minha posição de que todos os contratos merecem uma análise pontual, dentro do esperado bom senso, como consequência imediata do princípio da boa-fé objetiva. As partes devem, assim, procurar soluções intermediárias e razoáveis, movidas pela equidade e pela boa razão. Os *contratos relacionais ou cativos de longa duração*, concretizados no tempo e com grande possibilidade de continuarem a se perpetuar no futuro, merecem prioridade de cumprimento, além daqueles negócios que envolvem *conteúdo existencial*, além do patrimônio, caso dos contratos de plano de saúde.

Chegou o momento de as partes contratuais no Brasil deixarem de se tratar como adversários e passarem a ser comportar como parceiros de verdade. Ao invés do confronto, é preciso agir com solidariedade. De nada adiantará uma disputa judicial por décadas, com contratos desfeitos e relações jurídicas extintas de forma definitiva.

Bom senso, boa-fé e solidariedade. Essas ferramentas, mais do que remédios jurídicos, serão essenciais, no presente e no futuro, muitas vezes mais do que os remédios ou instrumentos jurídicos antes citados, sejam aqueles que geram a extinção ou a conservação dos negócios.

REINO UNIDO

Covid-19 and frustration in English law

Hugh Beale

Professor emeritus, University of Warwick
Senior Research Fellow, Harris Manchester College
Visiting Professor, University of Oxford

Christian Twigg-Flesner

Professor, University of Warwick

Introduction

In almost every country that is touched by Covid-19, the performance of contracts will be affected by the virus or the measures taken to contain it. Performance of the contract may become either physically or legally impossible; and the impossibility may be only temporary or it may be permanent. Even if performance remains possible, one party may find it much more expensive or difficult to perform or, conversely, the other party may no longer have any use for the goods or services, etc. that are to be supplied. A third situation is simply that, as a result of the virus, the customer can no longer afford to pay for goods or services.

We might expect that the various national laws of contract would produce broadly similar solutions to problems of this kind, even when they are on the unprecedented scale caused by Covid-19. In fact, there are very marked differences between the laws. The greatest contrast is, broadly speaking, between the «common law» systems and the civilian systems. First, the common law does not recognise force majeure as a defence to liability for breach of contract. Secondly, most common law systems (and also some civil law systems) do not permit the court to adjust the contract or terminate it even if an unforeseen change of circumstances, however serious, has made it excessively onerous.

In most common law jurisdictions the only doctrine that may apply when a contract becomes temporarily or permanently impossible, or when there is a radical change of circumstances making the contract much more onerous or destroying its purpose, is the doctrine of frustration.¹ In this chapter, we explore the ways in which the impact of Covid-19 on the performance of contracts would be dealt with under the doctrine of frustration in English law.

Strict liability to perform unless impossible

The starting point of English law is that each party is obliged not only to perform its obligations,² but also to do so on time; and this is normally a strict duty. Since

¹ In the United States there is a doctrine of «commercial impracticability», though to what extent this produces different results is not clear. [ref to paper on US law]

² *Paradine v Jane* 82 ER 897, (1647) Aleyn 26.

English law does not (1) recognise a defence of force majeure or (2) allow for adjustment or termination of the contract on the ground of changed circumstances, we may even say it is an absolute duty. In practice very many contracts contain a force majeure clause, and some have hardship or material adverse change clauses that provide for adjustment to the terms of contract; but the default rule is that liability is strict. It is only in a narrow range of circumstances that English Contract Law comes to the aid of the contracting parties: where an unforeseen post-formation event is such as to constitute **frustration** of the contract. And as we will explain, frustration occurs only when the contract has become impossible or, at least, performance of it would be radically different so that «the contractual adventure»³ has become impossible.

This strict approach can be justified on the basis that the law should not offer an escape route for what has turned out to be a bad bargain;⁴ moreover, as disruption to the contract of some kind can be anticipated, even if the particular events that have occurred and the extent of their consequences were unforeseeable, the parties can generally be expected to make appropriate provision for this in their contracts. If the contract does contain a *force majeure* or similar clause that is broad enough to cover the particular event or consequence which has arisen, then (except where to perform the contract has become illegal) the common law doctrine of frustration will not apply at all; the effect of the event on the contract will be determined by the clause.

Before we explain when a contract will be held to have been frustrated, it is worth noting that if an unforeseen event amounts to frustration, the parties to the contract are released from having to perform any future contractual obligations. This would be so even if elements of the contract could still be performed (although in such circumstances, it may be difficult to establish that the contract as a whole has been frustrated). Crucially, such termination happens as a matter of law, not through the choice of one of the contracting parties, and it is an “all or nothing” outcome. Frustration is therefore often raised as a defence to a claim for breach of contract, because if successful, the contract will have terminated automatically.⁵ It is also sometimes invoked by a party seeking to escape future obligations to perform.⁶ In those instances, automatic termination may be helpful.

We should also note that once frustration has been established, so that the parties have been discharged from their obligations to perform, they may have to make

3 This is how the rule was described by the Court of Appeal in *Great Peace Shipping Ltd v Tsavliris Salvage (International) Ltd (The Great Peace)* [2002] EWCA Civ 1407, [2003] Q.B. 679 at [76] (alleged initial impossibility, but the court considered the doctrine of initial impossibility (or «common mistake») was parallel to frustration, see at [61]).

4 Lord Roskill in *The Nema* [1982] AC 724.

5 *Hirji Mulji v Cbeong Yue SS Co* [1926] AC 497.

6 See *Canary Wharf v European Medicines Agency* [2019] EWHC 335. Following the UK’s withdrawal from the EU, the European Medicines Agency, which was headquartered in London, moved to Amsterdam and sought to escape a 25-year lease on its premises, arguing (unsuccessfully) that it had been frustrated.

what may be described in broad terms as «restitution».⁷ Under the Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943, first, any payments which one party has made to the other have to be returned; any payments which were due but had not yet been paid no longer have to be paid.⁸ This is subject to one important qualification, however: if the party who received payments before the frustrating event has incurred expenses «in or for the performance of the contract», then a court may, if it considers it just to do so, order that the party may retain up to the amount of the expenses. Likewise, where money was due but had not yet been paid, the court may order payment of a just amount, up to the amount of the expenses incurred. Secondly, if performance has resulted in some other valuable benefit to the other party, then a court may order that the other party pay a «just» sum to reflect the value thus conferred, again taking into account expenses incurred by the recipient.⁹

These provisions on the effects of frustration are operative only insofar as they have not been modified in the contract: the 1943 Act provides expressly that it is possible to modify the consequences, i.e., the remedial effects Act through an appropriate term in the contract.¹⁰ Section 2(3) of the 1943 Act stipulates that a court is required to give effect to such a term, and only apply the provisions of s.1 insofar as this would be consistent with that term. This provision therefore seems to allow the parties to provide for a different consequence of a frustrating event than the one arising under the Act or at common law. Such modifications would be effective in a commercial context and would not be caught by the provisions of the Unfair Contract Terms Act 1977.¹¹

In a consumer context, it may be arguable that a term which has the effect returning less to a consumer than the amount the consumer would have received under the 1943 Act could fail the fairness test under s.62(4) of the Consumer Rights Act 2015. The exclusion from Part 2 of the 2015 Act of terms reflecting mandatory statutory provisions¹² would not cover the provisions of the 1943 Act, as the effect of s.2(3) of the 1943 Act is to render its provisions non-mandatory.¹³ It is now well-established that a relevant consideration in applying the fairness test is to consider the consequences of the term under challenge within the context of the applicable national law, i.e., one needs to consider the extent to which the term in question

7 See Andrew Burrows (ed), *Essays on the Law of Restitution*. Oxford: Clarendon Press, 1991, ch. 6. But in *BP Exploration Co (Libya) v Hunt (N.º 2)* ([1983] 1 WLR 232, 243 the Court of Appeal pointed out that the Act must be applied according to its own terms, without «help from words which are not in the statute».

8 s.1(2).

9 s.1(3). The main case where the scope of this section was considered was *BP Exploration Co (Libya) v Hunt (N.º 2)* [1979] 1 WLR 783 (High Court) on rather complex facts. Robert Goff J's first-instance judgment, which was upheld by the Court of Appeal ([1983] 1 WLR 232), is a detailed consideration of how the «just» sum should be calculated.

10 s.2(3).

11 See s.29(1) UCTA as a «contractual provision... authorised... by the express terms... of an enactment».

12 See s.73(1)(a) CRA.

13 See Treitel, *Frustration and Force Majeure*. (3.^a ed.). (Sweet & Maxwell, 2014), para 15-088, p. 624.

alters the consumer's legal rights that would be applicable without that term.¹⁴ Whether this comparison would allow for the operation of s.2(3) is unclear; if it did, then it would be difficult to establish that such a term would fail the fairness test under s.62(4) CRA. If it does not, then it would further have to be considered whether the term is contrary to good faith by asking whether a trader, dealing fairly and equitably with a consumer, could not reasonably assume that the consumer would have agreed to term, had it been individually negotiated.¹⁵ A term which would deprive a consumer of the entitlement to receive back any money already paid, or only to be given reimbursement by other means such as a credit note or a voucher, might be open to challenge on this basis.

So, when will a contract that has been affected by unforeseen events be frustrated?

Impossibility

If performance of the contract, at least within the contractual period for performance, has become impossible as a result of Covid-19 consequences—for example, as the result of travel restrictions and prohibitions of activities under government regulations—the contract will normally be frustrated. In essence, the doctrine of frustration only applies if after a contract has been concluded an event occurs which was wholly outside the control of the relevant party,¹⁶ the event was not foreseen (or reasonably foreseeable—the authorities are not consistent on this point) by either party, and as a consequence of that event it has either become impossible to perform the contract, or performance would at least be something that is «radically different from that which was undertaken in the contract».¹⁷

Frustration due to impossibility can take a number of forms. The first is where it is no longer possible to perform the contract because the subject-matter of the contract has been destroyed.¹⁸ A second situation is where the subject-matter of the contract is no longer available; this has been a particular issue in charterparty contracts.¹⁹ Neither of these is directly relevant to the difficulties caused by the Covid-19 pandemic.

What is directly relevant is that a change in the law may make performance of the contract impossible by making its performance illegal. This will cause the contract to

¹⁴ C-237/02 *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v Ludger Hofstetter and Ulrike Hofstetter* [2004] ECR I-3403.

¹⁵ C-537/12 & C-116/13 *Banco Popular Español SA v Maria Teodolinda Rivas Quichimbo* EC-LI:EU:C:2013:759/

¹⁶ When the impossibility was the result of one party's behaviour, the situation is (confusingly) referred to as «self-induced frustration», which is not frustration at all: the party will be in breach of contract.

¹⁷ *David Contractors v Fareham UDC* [1956] A.C. 696, per Lord Radcliffe at p.729.

¹⁸ *Taylor v Caldwell* (1863) 3 B & S 826 (contract to hire Surrey Gardens and Music Hall frustrated when the music hall burned down in a fire).

¹⁹ *Bank Line Ltd v Arthur Capel & Co Ltd* [1919] AC 435 (ship requisitioned for war effort); *Jackson v Union Marine Insurance Co Ltd* (1874) LR 10 CP 125 (ship chartered for voyage in November 1871 but unavailable until August 1872 after ship ran aground and needed repairs).

be frustrated.²⁰ For instance, under the Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) Regulations 2020,²¹ many businesses were forced to close altogether for the duration of the emergency. A contravention of this would constitute an offence. Consequently, carrying on one of those businesses required to close would effectively be illegal during the emergency. Insofar as any contracts were entered into before the regulations came into force, the effect of the regulations would be to render performance illegal and to frustrate the contracts.

A further category of impossibility relates to physical impossibility, e.g. because of death or personal illness, or because of lack of transport or of other essential services.

Cases involving the unavailability of transport, etc. raise a possible difficulty in arguing frustration. Being able to obtain goods to fulfil orders taken by customers, or providing labour, material and transport, on the one hand, or on the other hand being able to accept delivery of goods or performance of services despite the closure of facilities, is normally thought to be within the party's control and therefore the risk is normally on them.²² However, although on occasion the courts seem very unwilling to hold that a disruption was outside the risk taken by one of the parties,²³ the difficulties encountered by suppliers and customers during the Covid-19 pandemic are probably so extreme that we expect courts would hold that they are outside the risks normally assumed.

However, the fact that a contract cannot be performed for legal or physical reasons does not mean that every such contract would be frustrated. This would only clearly be the case if the contract was to be performed in its entirety during the period when certain businesses were required to close or were unable to operate. It may be different if there is a reasonable chance that performance can be made, or can resume, after the closure period and before the contract duration is due to come to an end. This brings us to the issues of temporary and partial impossibility.

Delay caused by temporary impossibility

Not all of the measures taken in response to the Covid-19 pandemic will render performance of a contract permanently impossible. Many contracts can still be performed, or performance completed, at a later point in time than envisaged under the contract. This is effectively a form of a temporary impairment in that performance is not possible for a period of time, but will be possible at a future point. Such a situation will often not result in frustration of the contract; whether it does will depend on the extent of the disruption on the overall duration of the contract.²⁴ This

²⁰ *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd* [1943] AC 32.

²¹ S.I. 2020/350.

²² Compare *The Sea Angel* [2007] EWCA Civ 547, in which a chartered ship was wrongly detained for a long period by port authorities. The Court held that the charter was not frustrated; delays in port were one of the risks taken by the charterer.

²³ As in *The Sea Angel*.

²⁴ *Cricklewood Property and Investment Trust Ltd v Leightons Investment Trust Ltd* [1945] A.C. 221.

requires asking whether the delay is such that it will deprive the other party of the substance of what they were contracting for—the courts seem to adopt a test similar to the *Hong Kong Fir* test²⁵ as to when breach of an innominate term will give rise to a right to terminate the contract²⁶— or make performance of the contract something “radically different”. In *Metropolitan Water Board v Dick Kerr*²⁷ a construction contractor was prevented from working by wartime government restrictions and the House of Lords held (while the war was still going on) that the contractor would not be obliged to complete the work after the war because performance in the new and unknown economic circumstances would be «radically different». Whether the change makes performance in the new situation «radically different» must be «determined by an informed judgment based upon all the evidence of what has occurred and what is likely thereafter to occur».²⁸ Generally, a delay has to be extensive to amount to a frustrating event, with reference to the contract and the expected impact on the contract.²⁹

It may be noted that a contract may be frustrated even though it provides for extra time for performance in certain events, if the delays are such that they are outside the clause. Asquith LJ once noted that “delay” though literally describing what has occurred, has been read as limited to normal, moderate delay, and as not extending to an interruption so differing in degree and magnitude from anything which could have been contemplated as to differ from it in kind».³⁰

Parts of contract impossible to perform

In the case of a long-term contract (such as subscription-style contracts many consumers enter into, e.g. gym membership, video streaming services, etc.), or delivery of goods by instalments, performance may be interrupted or may be partly different from what was expected. For example, a swimming pool might be temporarily closed, or a streaming service might be unable to offer a proportion of the live sports events it would otherwise have provided. Again, this may result in frustration only if the effect is sufficiently serious. In a case involving a 10-year lease of a warehouse, the contract was not frustrated when the only access road was temporarily closed for about a year.³¹ This was because there was a period of 3 more years left after the closure had finished. Similarly, in a case involving a 99-year lease, when war

25 *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* [1962] 2 QB 26 (does breach deprive the innocent party of the substance of what was contracted for?).

26 Treitel (n 13 above), para 5-061 argues that a stricter test is needed for frustration than this.

27 [1918] AC 119.

28 Lord Roskill in *The Nema*. See H. Beale (Gen Ed), *Chitty on Contracts*. (33.^a edn). (London: Sweet & Maxwell, 2018), para 23-035.

29 Chitty (n 28 above), 23-035.

30 *Sir Lindsay Parkinson & Co Ltd v Commissioners of Works* [1949] 2 K.B. 632, 665. In *Metropolitan Water Board v Dick Kerr* [1918] AC 119 the delays were so extensive that the “extension of time” provisions were held not to apply.

31 *National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd* [1981] AC 675.

broke out 9 years into the lease, it was held that this did not frustrate the contract as there was expected to be a significant amount of time left after the war had ended.³² Whilst these cases involve a commercial lease, they are indicative of how the question of frustration might be approached in the case of inability to perform part of the contract.

While English contract law does not recognise partial frustration, this is subject to one important qualification: if obligations under the contract are severable, then frustration can apply to severable parts without causing the entire contract to be frustrated. A simple example of a severable contract is a contract for the delivery of a quantity of goods in monthly instalments, with each instalment to be paid for on delivery. If the contract is frustrated part-way through, with some instalments already delivered, then the seller is entitled to receive payment in respect of those instalments. More importantly, severability could assist where, for some reason, some but not all future obligations (each of which is severable) are affected by a frustrating event.³³ In our gym example above, if the client paid for their membership on a monthly basis, payment each month and the provision of gym facilities would be treated as a severable obligations. The fact that a gym had to close for several months would therefore be treated as frustration only in respect of the severable elements affected by the (temporary) illegality.³⁴ However, this would only be possible if severability of obligations under the contract was possible; had the client paid for a whole year upfront, it might be trickier to argue frustration of severable parts. Nor is it clear what sort of reduction in payment a consumer would be justified in making. In the case of access to a facility which is temporarily unavailable, one might think that should be a proportionate part of the fee related to the period the facility is not accessible. We suspect that a court would take the common sense solution of apportioning the annual fee across the weeks of the year, at least where the supplier's costs would also be incurred on a more-or-less regular basis throughout the period. The case of a service where some of the service cannot be provided (such as a sports channel which cannot offer live football matches during the period) would be even more difficult; the consumer clearly has to pay something but cannot be expected to pay in full.³⁵

Finally, a supplier of goods might have contracts with multiple customers for goods of the same type, but may not be able to fulfil all orders. In such a situation, the supplier might decide to allocate the supplies he has to each customer on a *pro rata* basis, or fulfil some orders in full and others not all. The supplier might then seek to rely on frustration in respect of the unperformed elements or contracts. The difficulty is that choosing to perform *pro rata*, or to perform one contract but not another, may amount to «self-induced frustration», which as we indicated earlier, is not

32 *Cricklewood Property and Investment Trust Ltd v Leightons Investment Trust Ltd* [1945] AC 221.

33 See Treitel (n 13 above), para 5-032, pp.573-4.

34 This possibility is also envisaged in s.2(4) of the Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943.

35 Note that price reduction is not a feature of general English contract law; it is found only in consumer legislation, as the result of EU Directives. Again, it may matter whether the contract is severable or not.

frustration at all. In *The Super Servant Two*,³⁶ the owners had two barges and, when one was lost accidentally, they allocated the remaining barge to another contract and claimed that their contract with the plaintiffs was frustrated. The court held that the contract was not frustrated as any impossibility was self-induced.

Contract no longer serves party's purpose

Another common consequence of the Covid-19 pandemic will be that the reason for which one, or both, parties have entered into the contract has fallen away. The contract itself will still be capable of being performed but doing so would be no use to one of the parties. For instance, many students who have vacated their student accommodation early after on-campus activities were suspended are likely to argue that they no longer have any need for their tenancy, though from the perspective of landlords, students can still live in their term-time accommodation.

It is widely said that English law recognises a doctrine of frustration of purpose. It is true that in the famous coronation case of *Krell v Henry*³⁷ the court held that a contract to rent a room overlooking the procession route of the King had been frustrated by the cancellation of the procession: even though the contract could still be performed in a literal sense, (as the court put it at the time), «the foundation of the contract» had been destroyed or because (or as it would now be put) performance in the new circumstances would be «radically different». But it must be emphasised that English law will treat the contract as frustrated in such circumstances only if the *common* purpose of both parties has been frustrated.³⁸

It is important to appreciate that the purpose must be common to both parties and not merely the purpose of one of the parties. As Donaldson MR observed in *Congimex v Tradax*,³⁹ «frustrated expectations and intentions of one party to a contract do not necessarily or indeed usually lead to the frustration of that contract». Students may no longer require accommodation near their university and therefore their purpose for entering into a tenancy agreement has fallen away, but landlords let properties for the purpose of generating an income and that purpose will continue. It is clear, therefore, that it does not suffice if one party's circumstances have changed unexpectedly so as to no longer need the contract. For another example, take a hotel booking, but the guest is taken ill. The guest no longer needs the hotel room so the purpose for which the room was booked is no longer relevant; however, this does not affect the purpose for which the hotel entered into the contract,

36 *J Lauritzen AS v Wijsmuller BV (The Super Servant Two)* [1990] 1 Lloyd's Rep 1.

37 [1903] 2 KB 740.

38 In *Maritime National Fish Ltd. v. Ocean Trawlers Ltd.* [1935] AC 524, Lord Wright noted that the authority of *Krell v Henry* is certainly not one to be extended: it is particularly difficult to apply where... the possibility of the event relied on as constituting a frustration of the adventure ... was known to both parties when the contract was made, but the contract entered into was absolute in terms so far as concerned that known possibility» (at 529).

39 *Congimex Companbia Geral De Commercio E Exportadora Sarl v Tradax Export S.A.* [1983] 1 Lloyd's Rep. 250.

which is to rent out the room for payment. This contract would therefore not be frustrated.⁴⁰

Performance has become more costly

The contract might still be possible to perform, but performance would dramatically increase the costs for one party. This is a situation which is covered by provisions on hardship in many other jurisdictions. English law does not have comparable provisions. Crucially, the courts have time and again held that hardship or the «mere incidence of expense or delay or onerousness is not sufficient».⁴¹

Can a contract ever be frustrated by increased expenditure? This raises the issue that the courts have said that a contract may be frustrated if performance in the changed circumstances would be «radically different». We are aware of one case that might seem to suggest that increased costs may amount to a radical difference. We have seen that in Metropolitan *Water Board v Dick Kerr*⁴² a construction contractor which was prevented from working by wartime government restrictions was held not to be obliged to complete the work after the war because performance in the new and unknown economic circumstances would be “radically different”. Even if this begins to look like change of circumstances, we think the late Professor Sir Guenter Treitel was right to insist that it was not just the change in costs that frustrated the contract but the combination of a very long period of temporary impossibility and the change in economic conditions.⁴³ It is only in this way that the case can be reconciled with the many statements that frustration is not available on the basis of increased difficulty and expense in performing or financial hardship.⁴⁴

Customer unable to pay for goods or services

A customer may no longer have the means to pay and therefore cannot proceed with the contract. This can arise in a number of different permutations. One instance would be an executory contract and the customer is not able to pay for the goods or services to be provided due to financial difficulties caused by the consequences of the pandemic. Another instance, which might affect both consumers and commercial parties, might arise under a loan or other credit agreement where the sum owed is to be repaid in monthly instalments. The effects of the pandemic and its conse-

40 In practice, such contracts would contain some kind of cancellation clause any event.

41 *The Sea Angel* [2007] EWCA Civ 547, per Rix LJ at [111].

42 [1918] AC 119.

43 Treitel (n 13 above), para 6-031. In para 6-035 Treitel refers to another case (*William Cory & Son Ltd v Corporation of London* [1951] 1 KB 8; [1951] 2 KB 476 where the contract a frustrated by combination of new government restrictions (a local authority by-law) and changed circumstances.

44 *Davies Contractors v Fareham UDC* [1956] AC 696. Note *Gold Group Properties Ltd v BDW Trading Ltd* [2010] EWHC 323 (TCC), where a drop of property prices by 20% did not frustrate a development agreement.

quences might affect the ability of a borrower to keep up their regular instalments. These situations would generally not amount to frustration of the contract; they are treated as a risk which the customer would have to bear.⁴⁵ Payment is treated as always possible.⁴⁶

The narrowness of the doctrine of frustration

The rules that hardship or the «mere incidence of expense or delay or onerousness is not sufficient» for frustration and that «payment is always possible» reflect the general attitude of the English common law that mere hardship does not justify intervention in the bargain between the parties.⁴⁷ Likewise if the contract no longer serves a purpose for one of the contracting parties; frustration of purpose can only arise where the purpose was common to *both* parties, making it a rather narrow basis for claiming that a contract has been frustrated. The threshold for invoking the doctrine of frustration is therefore a high one.

But it is not only in cases of hardship brought about by changed circumstances that English law is restrictive. It must also be remembered that liability to perform on time is strict, even where the delay was wholly unforeseeable and unpreventable. The default position is that unless the contract has become impossible to perform within the agreed time, or performance would now be radically different, a party who was unable to perform on time will be liable to pay damages for late performance.⁴⁸

Use of Contract Terms such as Force Majeure, MAC, Hardship

The restrictive nature of the English doctrine of frustration, combined with the absence of any legal rules on hardship and of a general principle of *force majeure*, puts the onus on the contracting parties to make appropriate provision for the occurrence of uncertain or unforeseeable events and their consequences through express contract terms. Unsurprisingly, *force majeure* and clauses are used widely (as are «Material Adverse Change» clauses in respect of corporate finance and mergers and acquisitions). Such clauses usually spell out in great detail which sort of events⁴⁹ will trigger the clause and what the impact of this on the parties' ability to perform

45 In a sense, this is akin to the exclusion of financial hardship situations from the scope of frustration.

46 As we will mention later, there are special rules in place for certain types of credit agreements. Even so, hitherto, English law has not adopted a doctrine of social force majeure (cf Thomas Wilhelmsson in «Social force majeure» — A new concept in Nordic consumer law» (1990) 13 Journal of Consumer Policy 1) even in consumer contracts.

47 Cf. *Arnold v Brittan* [2015] UKSC 36.

48 For a possible exception see below.

49 See e.g., the detailed clause at issue in *J Lauritzen AS v Wijsmuller BV (The Super Servant Two)* [1990] 1 Lloyd's Rep 1.

must be⁵⁰ (often supplemented with some sort of “catch-all” wording at the end), and what is to happen to the parties’ obligations once the clause is engaged. Such clauses are interpreted strictly and in the context of each particular contract. Their application in the context of the Covid-19 pandemic will therefore depend on which events are listed as trigger events (these need to include «pandemic» or at least «epidemic»), what consequences are addressed in the clause (inability to perform, reduction in supplies), and whether what has actually happened is covered by the clause.

Possible impact of Covid-19 on future development of frustration

The question must be asked: will English law have to be changed, either by legislation or case decision, in order to deal adequately with the effects of Covid-19? Possibly there may be some changes. Two possible changes relate to the issue of frustration.

Partial inability to perform

There are indications in English law, albeit weak ones, that partial or temporary non-performance for reasons beyond the control of the non-performing party may sometimes be excused. There are a few exceptional cases, generally ignored in the books, in which courts have held that a person who, for example, is too ill to work is not in breach of contract; but that the other party may terminate the contract if the effects of the non-performance are serious. In *Poussard v Spiers and Pond*,⁵¹ an opera singer had been engaged for a three-month run of a new opera but was ill for the opening night and also several nights thereafter. It was held that the promoter was entitled to rescind the contract, even though the opera singer was said not to be liable for breach of contract.⁵² The doctrinal basis of these case is unclear; they are obviously not cases of breach but equally they cannot be cases of frustration, as impossibility does not give the other party an option whether or not to terminate the contract. Rather, they seem to rest on interpretation of the particular contract. In *H.R. & S. Sainsbury Ltd v Street*⁵³ a farmer contracted to supply 275 tons of barley grown on particular land. The crop failed in part and the land produced only 140 tons, which the farmer sold to another buyer at a higher price. The court held that

50 The clause in *The Super Servant Two* required that the trigger event must «impede, prevent or delay the performance»; in contrast, the clause in *Thames Valley Power Ltd v Total Gas & Power Ltd* [2005] EWHC 2208 described the consequences as a party «unable wholly or in part to carry out any of its obligations».

51 *Poussard v Spiers and Pond* (1876) 1 Q.B.D. 410.

52 See similarly, *Minnevitich v Café de Paris (Londres) Ltd* [1936] 1 All E.R. 884 (employer temporarily unable to provide work). See Treitel (n 13 above) para 5-059. In contrast to Poussard’s case, in *Bettini v Gye* (1876) 1 Q.B.D. 183 it was said that at singer who did not attend rehearsals was in breach of contract (though not a sufficiently serious breach as to justify the other party in terminating the contract.)

53 *H.R. & S. Sainsbury Ltd v Street* [1972] 1 W.L.R. 834.

there was an implied condition in the contract that the farmer was excused from delivering the shortfall but that the farmer was obliged to deliver the 140 tons to the buyer. The reasoning depended, therefore, on interpretation and the implication of a term. The word frustration does not appear in the judgment.

This approach might be developed by the courts in the context of the typical Covid-19 examples mentioned above. If it were, the provider of the service might be excused for not providing the service for the duration of the crisis, and would not be in breach of contract. This would make English law's response to partial and temporary frustration more flexible. It would often produce much the same result as when the parties think to include a force majeure clause. (The difficulty that would remain was discussed earlier: if the price is not readily apportionable, what sort of reduction in payment would a customer be justified in making?)

Self-induced frustration and allocation of limited resources

We have also seen that under the current rule on «self-induced frustration», it seems that a supplier is not able to allocate whatever supplies or resources are available to some of its contracts, and then be discharged from its obligations in respect of those contracts it can no longer perform, even if the reason for its limited supplies is an event which would otherwise constitute frustration. Similarly, a supplier may not pro-rate its available supplies among all customers and avoid liability for any shortfalls, however sensible a solution that might seem to be. We expect this rule to come under pressure.

General change?

We do not, however, see any sign of more far-reaching changes. There are already some specific provisions that enable a court to give a debtor who is struggling to pay extra time in which to find the money – though they are largely limited to leases⁵⁴ and consumer credit contracts.⁵⁵

Certainly there are no proposals to amend contract law in the way that, for example, Germany has amended its Civil Code. The principal legal responses⁵⁶ to Coronavirus and its impact on contracts in the UK have been of two kinds. One is to suspend judicial process—in particular actions for repossession of residential property for failure to pay rent or mortgage instalments. The other is regulatory, largely through new requirements imposed by credit providers and others by the Financial

⁵⁴ Relief against forfeiture, e.g. under Law of Property Act 1925, s 146. For a summary see *Chitty on Contracts* (n 28 above), paras 26-253 - 26-255

⁵⁵ Consumer Credit Act 1974, s 129 (time orders).

⁵⁶ For a fuller account of both the pre-existing provisions and the changes in response to Covid-16 see H Beale and C Twigg-Flesner, «Covid-19 and English contract law», in E Hondius et al. (Eds), *Coronavirus and the Law* (Intersentia, forthcoming).

Conduct Authority. The FCA relies on both detailed rules, which are contained in the Consumer Credit Sourcebook referred to as ‘CONC’, and on high level ‘Principles’, such as Principle 6: «A firm must pay due regard to the interests of its customers and treat them fairly».

If a regulated firm fails to comply with a rule, a private person who suffers harm as a result will have a claim for breach of statutory duty.⁵⁷ Breach of a Principle does not give rise to the same right, but the offending firm may be disciplined and the FCA may require it to pay compensation to parties who have been harmed. Equally importantly, complaints about the behaviour of firms may be referred to the Financial Ombudsman Service, which will ask whether the firm complied with the Principles, and if it did not do so may order it to pay compensation to the consumer. Relying mainly on Principle 6, the FCA has instructed firms providing a wide variety of financial service to provide payment holidays to consumers who are affected by the crisis. Although practical effect is that the law is reformed «by regulation»⁵⁸ —a firm that, for example, does not ‘treat its customers fairly’ may be both disciplined and made to pay compensation, and the FCA or the Ombudsman may decide that it was not treating the customer, even if as a matter of strict law the firm was only doing what it was entitled to do under the normal law— the underlying law of contract remains untouched.

We believe that in part this approach is being adopted because there is great reluctance on the part of English judges and practising lawyers to change general contract law, which is what applies to most business to business contracts. This may be because law firms have invested heavily in «work arounds» (e.g. pre-drafted force majeure clauses for various types of contract) or barristers have invested in expertise at arguing around the rules, and neither wants to give up these competitive advantages. But we think that the principal reason for leaving the law somewhat inflexible is the fear that greater flexibility would mean requiring judges and lawyers to intervene more extensively in contracts and the way they are performed, and to apply broad standards —and that this would lead to uncertainty. Moore-Bick LJ made just this point not long ago when, in rejecting a suggestion that English law should recognise a principle of good faith, he said: «There is in my view a real danger that if a general principle of good faith were established it would be invoked as often to undermine as to support the terms in which the parties have reached agreement».⁵⁹ For this reason we do not expect the Covid-19 to have much effect, let alone a lasting effect, on general English contract law, particularly on the doctrine of frustration.

57 Financial Services and Markets Act 2000, s 138D(2).

58 A graphic example was provided by consumer insurance. The FSA (the relevant authority at the time) decided that a firm that sought to avoid an insurance policy on the ground of non-disclosure of a material fact by the insured —a basic rule of insurance law - was not treating the customer fairly if the insurer had not asked the consumer about the matter; and in such cases the Ombudsman would require the insurer to pay the claim. See Law Commissions, Joint Consultation Paper *Insurance Contract Law: Misrepresentation, Non-disclosure and Breach of Warranty by the Insured* (LCCP 182 / SLCDP 134, 2007), Part 3.

59 *MSC Mediterranean Shipping Co SA v Cottonex Anstalt* [2016] 2 C.L.C. 272, 291.

Coronavirus contract law in Scotland

*Hector L. MacQueen*¹
Professor of Private Law
University of Edinburgh

¹ The law is stated as at the beginning of June 2020. The writer is grateful for helpful comments by his colleagues, Dr. D J Carr and Professor-elect A. J. M. Steven, and for information provided by Scott Dickson.

Some scene-setting

A little scene-setting is necessary at the start. As a legal jurisdiction Scotland, although part of the United Kingdom for more than three centuries, has remained what it was before that union, a legal system and law wholly distinct from that of England and Wales and, indeed, what is now Northern Ireland. While much law enacted by the United Kingdom Parliament has applied throughout the united territories (notably in taxation, welfare and commercial law), the situation is complicated by the variable systems of administrative and legislative devolution in Scotland, Wales and Northern Ireland. It is worth noting that there is no devolution of any kind to or within England; the United Kingdom is not a federation. The fundamental principle of Scottish devolution is that everything is devolved unless specifically reserved to the United Kingdom Government and Parliament. Amongst many other things, this means that Scottish private law and public health in Scotland are devolved matters, but not commercial law (which for present purposes includes consumer law).²

This background has been highlighted because it explains the sometimes misunderstood role taken by the devolved Scottish Government in responding, first, to the threat, and then to the reality of the coronavirus pandemic in Scotland in the first half of 2020. Devolution means that the Scottish Government has the legal duty to deal with the Scottish outbreak, as do their Welsh and Northern Irish counterparts in their territories. The responsibilities of the United Kingdom Government are mainly limited to England. Entirely understandably and sensibly, the four governments worked together from the outset of the crisis; but while the United Kingdom Government brought forward its Coronavirus Bill on 25 March 2020 elaborate provision was needed to make clear those provisions applying only to England and those applying in various different ways to the devolved territories.³ With exceptions, the United Kingdom Act was to endure until 25 March 2022.⁴ A week later the Scottish Parliament passed the Scottish Government's much shorter Coronavirus (Scotland) Bill, dealing with those matters requiring legislation that

2 For Scottish private law see Scotland Act 1998 s 126(4). Note also the Public Health etc. (Scotland) Act 2008, passed by the Scottish Parliament.

3 Coronavirus Act 2020 s 100.

4 Coronavirus Act 2020 s 89.

fell within devolved competence. The Scottish Act was however to expire on 30 September 2020 unless extended by Scottish Ministers to 31 March 2021 or (after 30 September 2020) to 30 September 2021.⁵ Section 13 of the Act optimistically allows Scottish Ministers to bring the Act's expiry forward in time from 30 September 2020. A further supplementary Act came into force on 26 May and will likewise expire on 30 September unless extended or the expiry date is brought forward.⁶

The secondary legislation which imposes much of the detail for the 'lockdown' that began on 23 March shows the jurisdictional distinctions in their titles: the Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) Regulations (SI 2020/350), the Health Protection (Coronavirus) (Restrictions) (Scotland) Regulations (SSI 2020/103),⁷ the Health Protection (Coronavirus Restrictions) (Wales) Regulations (SI 2020/353, W.80),⁸ and the Health Protection (Coronavirus Restrictions) Regulations (Northern Ireland Statutory Rules 2020/53). All apart from the English regulations were made under powers conferred by the Coronavirus Act 2020. For some reason the English regulations were made under the Public Health (Control of Disease) Act 1984.⁹ But they are to expire on 26 September 2020,¹⁰ whereas the Scottish Regulations are to endure throughout the «emergency period», defined as beginning on 26 March 2020, but ending in whole or in part only when Scottish Ministers so direct.¹¹ The Scottish Ministers are however required to review the position every three weeks: «As soon as the Scottish Ministers consider that any restriction or requirement set out in these Regulations are no longer necessary to prevent, protect against, control or provide a public health response to the incidence or spread of infection in Scotland with coronavirus, the Scottish Ministers must revoke that restriction or requirement.»¹²

The variable progress of the outbreak in the different territories means differences in the timing of gradual relaxations of the lockdown. The fact that the current Scottish Government is in long-term pursuit of Scottish independence from the United Kingdom means that its political opponents can attack emergent differences in timing progressive relaxation of the lockdown as manifestations of its overall political goal rather than driven by real concerns about public health. Thus the Scottish Government did not immediately follow the Prime Minister's relaxation of some measures in England, announced on 10 May 2020. However, the call from some of the United Kingdom's government ministers for the four territories to emerge from lockdown in 'lockstep' seemed to at least some in Scotland to be made a nonsense

5 Coronavirus (Scotland) Act 2020 s 12.

6 Coronavirus (Scotland) (N.º 2) Act 2020.

7 The Regulations have been thrice amended: by the Health Protection (Coronavirus) (Restrictions) (Scotland) Amendment Regulations (SSI 2020/106) (with effect from 1 April); Health Protection (Coronavirus) (Restrictions) (Scotland) Amendment (N.º 2) Regulations (SSI 2020/126) (with effect from 21 April) and the Health Protection (Coronavirus) (Restrictions) (Scotland) (N.º 3) Regulations (SSI 2020/164) (with effect from 29 May).

8 There are a number of other Welsh regulations on various closures.

9 This is understood to be the subject of a judicial review action in the English High Court.

10 Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) Regulations, reg 12.

11 Health Protection (Coronavirus) (Restrictions) (Scotland) Regulations (henceforth '2020 Regulations'), reg 2.

12 2020 Regulations, reg 2(3).

by the regionally variant rates of progress in slowing the progress of the epidemic.¹³ Given the equal refusal of Wales and Northern Ireland to follow the English lead, it seemed that England was the one out of step. There were anyway examples from other countries in the world of variable internal relaxation of their restrictions (for instance, in countries known to me through family and friends there, Australia and Germany).¹⁴

The content of the emergency legislation

The separate Scottish legislation for the most part mirrors its English counterparts, however. In neither jurisdiction does the legislation have much to say of direct relevance to contract law. There is nothing to parallel the Singapore legislation giving temporary relief from the demands of performing certain types of contract where the main reason for non-performance is the Covid-19 pandemic or the operation of any rule of law made in connection with the pandemic.¹⁵ What there is in Scotland generally limits what would otherwise be rights to enforce a contract or duties to pay contract debts. The limitations protect those who may be rendered especially vulnerable by loss of income arising from the inter-linking economic impact of job losses and business closures and suspensions following lockdown.

Both systems thus give courts and tribunals dealing with the eviction of dwelling house tenants by public and private sector landlords wide leeway during the subsistence of the Coronavirus Acts to deal with cases even where normally the landlord would have had an absolute right to evict albeit necessarily by way of court process.¹⁶ More generally, in Scotland landlords entitled to terminate commercial leases for non-payment of rent must give notice to the tenant of their intention to terminate (normally, 14 days).¹⁷ The 2020 Act extends the notice period to 14 weeks.¹⁸ This seems less generous than the Coronavirus Act 2020, which in effect suspends the landlord's right of forfeiture or re-entry in business leases in England, Wales and Northern Ireland during the whole period of the coronavirus emergency measures.¹⁹

There are distinctive Scottish provisions. The six-week moratorium against further execution of judgment debts which a debtor obtains by applying for sequestration

13 See <https://www.gov.uk/government/news/leaving-lockdown-in-lockstep>

14 Scotland began the first of four planned phases of lockdown emergence on 29 May 2020: see <https://www.gov.scot/publications/coronavirus-covid-19-framework-decision-making-scotlands-route-map-through-out-crisis-phase-1-update/>

15 Covid-19 (Temporary Measures) Act 2020 (Singapore).

16 Coronavirus (Scotland) Act 2020 Sch 1 (for the statutory law pre-crisis see *Gloag & Henderson The Law of Scotland* edd Hector L. MacQueen and Lord Eassie (14th edn, 2017) paras 35.87, 35.102). Compare Coronavirus Act 2020 s 81 (Residential tenancies in England and Wales: protection from eviction) and Sch 9.

17 See Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1985 ss 4, 7(1).

18 Coronavirus (Scotland) Act 2020 Sch 7 paras 6-7.

19 Coronavirus Act 2020 ss 82 (Business tenancies in England and Wales: protection from forfeiture etc.), 83 (Business tenancies in Northern Ireland: protection from forfeiture etc.).

is extended to six months for the duration of the emergency period.²⁰ In the second Coronavirus (Scotland) Act, a new category of ‘student residential tenancy’ is introduced to allow university students who had entered such tenancies before lockdown began to terminate them by reason of coronavirus if the landlord is given seven days’ written notice.²¹ This is a response to a situation which had apparently developed for some Scottish students after their universities’ physical closure in mid-March 2020, ahead of the government-imposed lockdown (which did not apply directly to universities).²²

There should also be noticed at this point a number of other statutory provisions already in place pre-emergency which give the Scottish courts power to moderate the effect and enforcement of contracts, and which seem likely to be important as the impact of the coronavirus lockdown makes itself felt. The consumer protection measures referred to in the chapter on English law apply equally in Scotland, as United Kingdom measures where the Scottish Parliament has no devolved competence.²³ The Scottish legislation on residential leases has already been mentioned.²⁴ The legislation on the enforcement of heritable securities (i.e. mortgages) requires the creditor to follow certain procedures in order to realise the security on the debtor’s default or insolvency but otherwise subjects the process to no external controls. The otherwise potentially robust nature of the creditor’s powers of enforcement is however tempered in relation to land used to any extent for residential purposes by the Home Owner and Debtor Protection (Scotland) Act 2010. The creditor must proceed by way of an application to a court and comply with certain pre-action requirements. The debtor may oppose the application, and certain individuals resident at the property but having no title to it, including a spouse, civil partner or cohabitant, are entitled to intervene.²⁵ The court must be satisfied that it is reasonable in the circumstances of the case to grant the application, and is also to have particular regard to certain factors, including the nature of and reasons for the debtor’s default, the debtor’s ability to fulfil its obligations within a reasonable time, any action by the creditor to assist the debtor, and the ability of the debtor and his household to obtain reasonable alternative accommodation.²⁶ If the debtor is subject to a bankruptcy process, the trustee in bankruptcy must obtain the consent of the debtor’s spouse or civil partner to any sale of the family home. Should that consent not be forthcoming, the trustee may seek a judicial permission to sell. In deciding the matter, the judge takes into account the needs and financial resources of the spouse or civil partner, the debtor’s children, the interest of the creditors and the length of time for which the family home was used as a residence.²⁷

20 Coronavirus (Scotland) Act 2020 Sch 2.

21 Coronavirus (Scotland) (N.º 2) Act 2020 Sch 1 Part 1.

22 I have been assured that my University did not seek as a landlord to hold students to their tenancies in this way.

23 Above, chapter by Hugh Beale and Christian Twigg-Flessner.

24 Above, text accompanying note 15.

25 1970 Act ss 24B and 24C.

26 Conveyancing and Feudal Reform (Scotland) Act 1970 s 24(5)-(7). See M Higgins, *The Enforcement of Heritable Securities* (2.nd edn, 2016) paras 7.5-7.11.

27 Bankruptcy (Scotland) Act 2016 s 113.

It is to be noted, however, that there is no similar protection available where the property is a commercial or agricultural one. Yet the crisis created by the lockdown for farming and other businesses is just as substantial for its victims as it is for the individual householder. Before the crisis the Scottish Law Commission was examining the rules on enforcement of heritable securities with a view to reform, and that review continues.²⁸ It is possible that the coronavirus crisis will bring the issue of judicial control and official supervision of *all* such enforcement rights to the fore in its thinking on this subject.²⁹ But it will be some time before the law reform process is completed, and even longer before it is translated into legislation; and by then it may be too late to ameliorate the effects of the present crisis. There is some contrast with the position where a business's debts are secured by way of a floating charge, the enforcement of which is normally placed in the hands of an independent 'administrator'. The exercise of the administrator's extensive powers is aimed at rescuing the debtor company as a going concern and achieving better results for the company's creditors as a whole and not just the holder of the floating charge.³⁰

While Scottish contract law is generally not affected by the legislation introduced specifically in response to the coronavirus crisis, this is not true for many areas of activity to which contract law is highly relevant. The Health Protection (Coronavirus) (Restrictions) (Scotland) Regulations set out a number of prohibitions on various forms of business and social activity, backed up by police enforcement powers and criminal sanctions. The overall aim is to slow, control and eliminate as much as possible community transmission of the coronavirus.

There is a long list of businesses compelled to close altogether, including cinemas, theatres, hairdressers and gyms.³¹ Their characteristic feature is that in their nature the ordinary conduct of business involves physical proximity with and interaction between several persons not members of the same household. Restaurants, cafes, bars and pubs are likewise required to close their premises (including adjacent open-air areas), but could offer take-away services or the provision of food and drink for off-premises consumption.³² Thus online orders can continue to be fulfilled, for example.

28 See Scottish Law Commission Discussion Paper No 168 *Heritable Securities: Pre-Default* (18 June 2019). A second paper, on enforcement, is expected in 2020 or 2021, and the project is expected to complete a report and recommendations by 2023: see <https://www.scotlawcom.gov.uk/law-reform/law-reform-projects/heritable-securities/>

29 See the comparative research paper prepared by Dr. John MacLeod for the Commission and available on the Commission website cited in the previous footnote.

30 See the Insolvency Act 1986 Sch B1 (added by the Enterprise Act 2002). For discussion, see A. D. J. MacPherson, *The Floating Charge* (2020) ch 3.

31 2020 Regulations, reg 3(4) and Sch 1 Part 2. The list is: cinemas; theatres; nightclubs; bingo halls; concert halls; museums and galleries; casinos; betting shops; spas; nail, beauty, hair salons and barbers; massage parlours; tattoo and piercing parlours; skating rinks; indoor fitness studios, gyms, swimming pools, bowling alleys, amusement arcades or soft play areas or other indoor leisure centres or facilities; funfairs (whether outdoors or indoors); playgrounds, sports courts and outdoor gyms; outdoor markets (except for stalls selling food); car showrooms; and auction houses.

32 2020 Regulations. reg 3(1) and Sch 1 Part 1.

Businesses consisting of the provision of holiday accommodation, whether in a hotel, hostel, bed and breakfast accommodation, holiday apartment, home, cottage or bungalow, campsite, caravan park or boarding house, are also forced to close, except to provide accommodation for any person unable to return to their main residence, or using the accommodation as their main residence, or needing accommodation while moving house or to attend a funeral, or to provide accommodation or support services for the homeless.³³

In addition to these regulations, the Scottish Government issued guidance for the construction sector under which construction sites for non-essential work are required to close from 6 April 2020.³⁴ Other listed businesses such as supermarkets, public transport and vehicle hire services were permitted to continue, provided that they took all reasonable measures to ensure that (a) a distance of two metres was maintained between any persons on the premises; (b) people were admitted to its premises in sufficiently small numbers to make it possible to maintain that two-metre distance; and (c) the maintenance of a distance of two metres between any persons waiting to enter its premises.³⁵ Hence the widely strung-out queues outside supermarkets, which are among the most enduring images of the reality of lockdown. From 21 April 2020 the limitations to specific businesses ceased to apply, and enforcement of social distancing became the principal means of control generally.³⁶

In practice many permitted businesses, while remaining open, often stopped purely routine activity as a result of concerns about meeting the requirements of the legislation on so-called ‘social’ or ‘physical distancing’ of staff, customers or clients. Thus, for example, my own regular check-up appointments at my doctor’s surgery, optician, dentist and podiatrist were all cancelled in the spring of 2020. Other businesses shut up shop but continued to take orders remotely and make deliveries. In this way I was enabled to continue to do business with my wine merchant. With yet other businesses ‘click and collect’ was a practicable way of meeting customers’ orders without infringing the social distancing rules.

³³ 2020 Regulations, reg 4(4).

³⁴ See <https://www.gov.scot/publications/coronavirus-covid-19-construction-sector-guidance/pages/non-essential-services/>. The legal and contractual effects of compliance with this guidance are discussed at <https://www.building.co.uk/communities/restarting-work-on-scottish-construction-sites-a-legal-view/5106220>. article.

³⁵ 2020 Regulations, reg 4(1) and Sch 1 Part 3. The initial list of businesses permitted to continue comprised food retailers, including food markets, supermarkets, convenience stores and corner shops; off licenses and licensed shops selling alcohol (including breweries); pharmacies (including non-dispensing pharmacies) and chemists; newsagents; homeware, building supplies and hardware stores; petrol stations; car repair and MOT services; bicycle shops; taxi or vehicle hire businesses; banks, building societies, credit unions, short-term loan providers and cash points; post offices; funeral directors; laundrettes and dry cleaners; dental services, opticians, audiology services, chiropody services, chiropractors, osteopaths and other medical or health services, including services relating to mental health; veterinary surgeons and pet shops; agricultural supplies shops; storage and distribution facilities, including delivery drop off or collection points, where the facilities are in the premises of a business also included in this particular list; car parks; and public toilets.

³⁶ Health Protection (Coronavirus) (Restrictions) (Scotland) Amendment (N.º 2) Regulations 2020, reg 2.

The Regulations also provide that, while a business offering goods for sale or hire in a shop or providing library services but not otherwise listed in the Regulations must cease to carry on that business or provide that service, it can continue by making deliveries or otherwise providing services in response to orders received through a website, or otherwise by on-line communication, or by telephone (including orders by text message), or by post. But the businesses have to close any premises not required to carry out its business or provide its services in the permitted ways, and cease to admit to their premises any person not required to carry on its permitted business or services.³⁷

Online businesses such as Amazon, or the online parts of businesses such as supermarkets and pharmacists, are unaffected by the Regulations, and saw a considerable increase in traffic because the Regulations do also require persons to live at home unless they have a «reasonable excuse» not to do so.³⁸ Reasonable excuses for leaving home temporarily relevant to contract included obtaining “basic necessities” such as food, medicine and household supplies. Since the online supermarket services do not always perform satisfactorily, trips to buy food in particular continue to be important in practice. Travelling to work where one’s work cannot be carried out at home is also a reasonable excuse; but the corollary is generally that if one can work at home, one must. The excuse of «travel to work» surely takes the word ‘work’ as a noun rather than a verb. But the drivers of the delivery vans which keep online shopping going cannot do their work at home, and this is the excuse applicable to their case.

Other reasonable excuses for leaving one’s home with possible bearings on contractual activity are moving house where reasonably necessary, and, finally, the fulfilment of a “legal obligation” (which is said to include and therefore not to be limited to attending court or satisfying bail conditions).³⁹ Whether the exception for fulfilment of a legal obligation extends to performing a contract (usually seen as a voluntary or self-imposed obligation although of course also one that the law will enforce) is not further clarified in the Regulations, and it is also not explained in their accompanying Policy Note.

The Regulations therefore did not entirely cut off people’s capacity to enter or perform contracts. They might also continue to be formed remotely, whether or not with the permitted businesses already mentioned. The relatively newly introduced possibility of executing documents in counterpart and delivering them electronically

37 2020 Regulations, reg 4(2).

38 2020 Regulations, reg 5. «Home» includes the premises where a person or persons live along with any garden, yard, passage, stair, garage, outhouse or other appurtenance of such premises.

39 «Reasonable excuse» also includes the need to take exercise, either alone or with other members of one’s household and/or of one other household, seeking medical assistance, or attending a funeral of a member of the person’s household or a close family member. Until government guidance taking effect from 29 May 2020 (<https://www.gov.scot/publications/coronavirus-covid-19-staying-at-home-and-away-from-others/pages/staying-at-home/>), «exercise» did not include having a picnic, sun-bathing or sitting in a park or beauty spot; a difficult limitation in the generally excellent weather which prevailed in Scotland in the spring and early summer of 2020.

also facilitated completion of commercial contracts.⁴⁰ The first Coronavirus Act addresses technical difficulties in relation to the registration of paper and electronic deeds in land transactions.⁴¹ The second Coronavirus Act gives a small further helping hand by providing that any legal requirement that a solicitor, notary public or advocate be in the physical presence of another person when signing or subscribing a paper document on behalf of that person should cease to apply.⁴² The main example given was the provision allowing such professionals to sign or subscribe on behalf of a blind or an illiterate person, which requires the execution to take place in the presence of that person.⁴³

A final provision of the 2020 legislation with significant impact upon the possibility of contracting and contractually based activity is a ban on gatherings of more than two people in a public place.⁴⁴ It was under this general prohibition that sports venues (amateur as well as professional) were closed. There are exceptions if all the persons in the gathering are members (initially) of the same household and (now) of no more than two households.⁴⁵ A gathering is also allowed if essential for work purposes or is to attend a funeral, or where it is reasonably necessary to facilitate a house move, provide care and assistance to a vulnerable person, provide emergency assistance, or to fulfil a legal obligation. Once again, however, this last phrase is left undefined. A contract that might be performed in a gathering of more than two people in a public place is one for the provision of entertainment such as the licensed street shows that take place in Edinburgh every August as part of the city's Festival and Fringe; but the point cannot be tested, since both events were anyway cancelled for 2020 not long after the lockdown was imposed.

Contracts and supervening changes in circumstance

The incidence of the coronavirus by itself raises relatively few problems. If one looks back at previous pandemics, such as the so-called «Spanish influenza» of 1918-19, the most striking finding is an almost complete lack of cases in Scotland (or elsewhere in

40 See the Legal Writings (Counterparts and Delivery) (Scotland) Act 2015, the background to which is set out in the Scottish Law Commission's Report on Execution in Counterpart (Scot Law Com No 231, 2013). See also <https://www.burnesspaull.com/insights-and-events/news/covid-19-signing-in-counterpart-and-electronic-documents> (although I disagree with some of this article's comments about legal limitations to the possibility of counterpart execution).

41 Coronavirus (Scotland) Act 2020 Sch 7 paras 11 to 19.

42 Coronavirus (Scotland) (No 2) Act 2020 Sch 4 Part 7. This regulation also applies to any rule whereby a person who signs or subscribes a document must do so in the presence of a solicitor, notary or advocate, as, for example, with an affidavit.

43 Requirements of Writing (Scotland) Act 1995 s 9. Section 9(4) gives the blind or illiterate person some protection by rendering invalid any provision of the document in favour of the actual signatory or that person's spouse, son or daughter. The section makes no provision about the signatory's civil partner.

44 2020 Regulations, reg 6.

45 The extension to two households was made by the Health Protection (Coronavirus) (Restrictions) (Scotland) (N.º 3) Regulations.

the United Kingdom), despite the lack of any legislative response at all from a central government yet to assume much responsibility for public health.⁴⁶ One problem that may arise is the death from the illness of a party either negotiating or performing a contract. It is thought that in Scots law, unless the postal acceptance rule applies to conclude a contract before the event, the death of either offeror or offeree before acceptance means that the offer falls and ceases to be capable of acceptance.⁴⁷ Death of a party however does not have such a drastic effect on concluded contracts except those where the deceased's ongoing performance was highly personal in nature, as in employment, partnership, agency, a contract for services, and the grant of a guarantee.⁴⁸ Even here, however, the contract itself may and commonly does contain provisions to govern the situation. Where death discharges a contract which the deceased has only partly performed, his or her estate may have a claim in unjustified enrichment unless the contract provides for the situation.⁴⁹

The supervening illegality of contracts that had already been formed before the relevant legislation came into force seems the likeliest question that will need to be dealt with in litigation once the emergency period ends. On this subject, modern Scots law, having started from a general position that a contract was unaffected by its ceasing to be capable of performance, has now very largely adopted from English law its doctrine of frustration of contract.⁵⁰ It has also followed the narrow approach of the English courts in its application; the reader is referred to the chapter on English law for further discussion.⁵¹ Likewise for the approach of Scottish courts to *force majeure* clauses, which is as restrictive as that of their English counterparts.⁵²

But there are some differences or uncertainties about this subject in Scots law. It is not clear how accepted if at all is the idea of 'frustration of purpose' as first

46 The only possible Scottish case about Spanish influenza thrown up by a Westlaw search for «influenza» was *McKeating v Frame* 1921 SC 382, which concerned an employer's liability for the death of a servant who collapsed with influenza while at work and was sent home without any support, where she died two days later. Laura Spinney, *Pale Rider: The Spanish Flu of 1918 and How it Changed the World* (2018) is instructive on the pandemic of 1918-19.

47 Hector L. MacQueen and Joe Thomson, *Contract Law in Scotland* (5th edn, 2020) para 2.51.

48 This is probably the best explanation of *Smith v Riddell* (1886) 14 R 95.

49 MacQueen and Thomson, *Contract Law*, para 5.87.

50 See Stair, *Institutions*, I, x, 13: «But though the particular thing be not in our power, and yet be not manifestly impossible, the contract is obligatory; and albeit it cannot obtain its effect, upon that thing, it is effectual for the equivalent, as damage and interest»; also Bankton, *Institute*, I, iv, 8; and Erskine, *Institute*, III, iii, 84-6. Even before the times of the Scottish institutional writers there would have been familiarity with the impact upon contracts of measures to control the spread of infectious disease: see John Ritchie, 'Quarantine for Plague in Scotland During the Sixteenth and Seventeenth Centuries' (1948) 55 *Edinburgh Medical Journal* 691 (a reference for which I am grateful to Thomas Owen Clancy); and see also A J M Steven, *Pledge and Lien* (2008) paras 3.43 and 3.44 on pledge and plague in sixteenth-century Edinburgh.

51 See chapter above by Hugh Beale and Christian Twigg-Flessner; and for more detail on Scots law see McBryde, *Contract*, ch 21; *Laws of Scotland: Stair Memorial Encyclopaedia* vol 15 (1996, henceforth *SME*) paras 880-889; MacQueen and Thomson, *Contract Law*, paras 5.63-5.86.

52 W. W. McBryde, *The Law of Contract in Scotland* (3rd edn, 2007), paras 21.13-21.18; MacQueen and Thomson, *Contract Law*, paras 4.82-4.83, 5.84-5.85.

developed in the English ‘Coronation cases’, especially *Krell v Henry*.⁵³ Economic imbalances left by the discharge of a frustrated contract will be worked out as far as possible by way of the common law of unjustified enrichment;⁵⁴ the Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943 does not extend to Scotland and contracts governed by Scots law. Finally, it is perhaps still not entirely clear whether the Scottish courts have any more general power of ‘equitable adjustment’ by which they could deal with the consequences of frustration or, indeed, with the problems that can be caused for a contract by post-formation changes in circumstances that do not frustrate the contract. The last, it is thought, is the problem most likely to confront Scots contract law as a result of the coronavirus pandemic and the ensuing lockdown.

Equitable adjustment

The argument that the Scottish courts have a power of equitable adjustment, at least in frustration cases, was first made extra-judicially in 1946 by Lord Justice-Clerk Cooper (as he then was).⁵⁵ Taking a historical approach that stretched back in its examination of sources to the beginning of the seventeenth century, he argued:

The germinal ideas of frustration appeared in Scotland not in answer to the question whether a contract should be dissolved by operation of law by reason of certain supervening changes of circumstances, but in answer to the far wider question how the relations of two parties should be equitably readjusted by the Court when the one had been unintentionally enriched at the expense of the other.⁵⁶

Another key idea Cooper identified in his sources was that of risk: *«Res perit domino* was the brocard to which appeal was often made ... the question which the courts were in use to put to themselves was—On whom should the risk of this casualty fall?».⁵⁷

The courts had established by the seventeenth century at latest a doctrine for the contract of hire whereby in some circumstances the risk of subsequent events was held to fall on neither party and the contract was thereupon discharged. *Rei interitus* applied chiefly in leases of land, whereby the destruction of the subject-

53 McBryde, *Contract*, paras 21.31-21.34. *SME* vol 15 para 886 suggests that «Perhaps, where there exists only one conceivable purpose for making a contract, such as the viewing of a very special event, then its cancellation should constitute frustration». Laura J Macgregor, ‘The Effect of Unexpected Circumstances on Contracts in Scots and Louisiana Law’, in *Mixed Jurisdictions Compared: Private Law in Louisiana and Scotland* edd Vernon Valentine Palmer and Elspeth Christie Reid (2009) 244-80, 266-8, argues that Scots law does recognise frustration of purpose but some of the cases she cites may be seen as ones of supervening impossibility or illegality.

54 McBryde, *Contract*, paras 21.44-21.48. The leading case is *Cantiere San Rocco SA v Clyde Shipbuilding & Engineering Co* 1923 SC (HL) 105.

55 ‘Frustration of Contract in Scots Law’ (1948) 28(3) *Journal of Comparative Legislation* 1 (reproduced in his *Selected Papers 1922–1954* (1957) 124, which will be the version referred to henceforth).

56 Cooper, ‘Frustration of Contract’, 125.

57 *Ibid.*, 126.

matter brought the contract to an end, but could also apply to hire of moveables.⁵⁸ In Cooper's own time the courts had recognised that the concept also applied to the sterilisation of the subjects such as occurred through military requisition of the land for indeterminate periods of time.⁵⁹

But in some instances where the destruction of the hire subjects was partial rather than total the courts' approach to the matter was (and still is) as one for the abatement of the rent payable rather than as one involving either discharge or leaving the contract in full effect. Abatement is not a matter of setting off against the liability for rent the tenant's claim to have the subjects repaired by the landlord (a right which exists unless the lease otherwise provides). Rather the abatement is a proportionate reduction of the rent due when unanticipated events beyond either party's control mean that the full subjects are no longer available to the tenant. Even if a tenant is contractually liable to carry out repairs to damaged subjects, that can only extend to such repairs as were within the parties' contemplation at the time of contracting.⁶⁰

Lord Cooper thought that these cases extended beyond leases and made unnecessary the War Damage to Land (Scotland) Act 1939 under which the courts were given power to modify or suspend, not only leases, but also dispositions (sales) or heritable securities (mortgages) affecting subjects destroyed in whole or in part by war damage.⁶¹ As the Lord Advocate, the UK Government's principal Scottish law officer, at the time of the Act, Cooper's comment that «[i]t sometimes happens —*experto crede*— that an Act has to be applied to Scotland simply because a like Act has already been applied to England» may suggest that the Act was introduced against his professional advice.⁶² Cooper also argued that the rules on the effect of death in contracts for the hire of work, referred to above, were an instance of the doctrine of *rei interitus*.⁶³ If the relevant rules developed more in the law of property and particular contracts rather than in the general law of contract, greater generalisation was possible and to be encouraged in the light of the problems thrown up by successive world wars for the law of contract.

Unfortunately, perhaps, Cooper had no opportunity to develop his ideas any further, and it is unclear how far he would have taken them; for example,

58 Cooper did not cite authority; but see Stair, *Institutions*, I, xv, 2-3; Bankton, I, xx, 1, 13-19; Erskine, *Institute*, III, iii, 15; Hume, *Lectures*, ii, 80-2, 91-3. Bell, *Principles* (4.^a edn, 1839), §29, generalized the principle across all contracts. It is standard modern practice to contract out of *rei interitus* in commercial leases. See <http://www.psglegal.co.uk/leases.php> e.g. lease of office building clause 6.2.

59 The major cases (in neither of which Cooper played any part) are *Tay Salmon Fisheries Ltd v Speedie* 1929 SC 593 and *Mackeson v Boyd* 1942 SC 56.

60 See *Gloag & Henderson* paras 11.08, 13.06, 35.08 for the modern authorities.

61 War Damage to Land (Scotland) Act 1939 s 4 (still in force). See also the War Damage to Land (Scotland) Act 1941 s 1 (also still in force) under which no rent was payable by the tenant of a dwelling house not in occupation as a result of war damage, while where the tenant remained in occupation but the accommodation in the house was substantially reduced by war damage, the rent was to be likewise reduced.

62 Cooper, 'Frustration of Contract', 131; see the Landlord and Tenant (War Damage) Act 1939 ss. 1 and 2 for England & Wales (still in force).

63 Cooper, 'Frustration of Contract', 126; above, text accompanying notes 52-60.

in recognising the possibility of the court adjusting the outcomes of contracts in circumstances not amounting to frustration. He decided one frustration case during the Second World War in a way perhaps less flexible than his later article suggested would be appropriate. In *James B Fraser v Denny Mott & Dickson*⁶⁴ the parties in 1929 embodied in a single document a combination of what today would be called a 'requirements' agreement with regard to the supply of particular types of timber, a lease of the purchasers' timber yard to the supplier, and an option for the supplier/lessee to buy the purchasers' timber yard outright. The contract had no definite limits of time. The option had not been exercised when upon the outbreak of war in September 1939 the parties were required to cease trading, although the supplier continued in occupation of the purchaser's timber yard. The Second Division of the Court of Session, headed by Lord Justice-Clerk Cooper, held that there was a single contract which had been entirely frustrated by delay of a continuing and unforeseeably long duration by at latest July 1941 (when the purchasers had sought to terminate the agreement). The court rejected a holding at first instance that while the trading part of the contract was frustrated the option remained in force. This was later affirmed in the House of Lords.⁶⁵ But whatever the correctness of the decision for the actual case, Cooper's judgment left no door ajar for the possibility of partial frustration, which might still be a usefully flexible response to some cases of unanticipated and unforeseeable changes in circumstance.⁶⁶

A further possibility not noted in Cooper's article was the potential application of the doctrine of mutuality of contract, under which if a party does not perform its side of the contract the other party need not perform its reciprocal obligations, while a party that is not performing cannot compel performance by the other party. For a long time the doctrine has been viewed as part of the law of breach of contract.⁶⁷ But it is not so confined in its earliest statements.⁶⁸ The potential benefit of recognising its operation in frustration contracts would be that the obligations of performance are suspended rather than discharged where the initial non-performance was attributable to relevantly changed external circumstances since the contract's conclusion.

The arguments that Cooper did advance in his article have not yet commanded general acceptance. Today the rent abatement cases are seen typically as exceptions to a general rule that either there is frustration and discharge, or the loss lies where it falls.⁶⁹ As Saul Miller rightly pointed out in 2004, generally contractual risk rules «simply determine which one of the contracting parties bears the entire loss».⁷⁰

⁶⁴ *James B Fraser v Denny Mott & Dickson* 1943 SC 293.

⁶⁵ *James B Fraser v Denny Mott & Dickson* 1944 SC (HL) 35.

⁶⁶ McBryde, *Contract*, para 21.45, lists contract clauses which may survive frustration, such as arbitration clauses.

⁶⁷ McBryde, *Contract*, paras 20.44-20.61; MacQueen and Thomson, *Contract Law*, paras 6.8-6.11.

⁶⁸ See e.g. Erskine, *Institute*, III, iii, 86: «No party in a mutual contract, where the obligations on the parties are the causes of one another, can demand performance from the other, if he himself either cannot or will not perform the counterpart; for the mutual obligations are considered as conditional». Note too Stair, *Institutions*, I, x, 16; and Bankton, *Institute*, I, xi, 13. Bell, *Principles*, §71, moves the doctrine more in the direction of breach of contract.

⁶⁹ *Gloag & Henderson*, para 11.08.

⁷⁰ Saul Miller, 'Unjustified Enrichment and Failed Contracts', in *Mixed Legal Systems in Comparative*

Thus in *Sloan's Dairies v Glasgow Corporation*,⁷¹ for example, where fire seriously damaged the subjects of a sale of land before the buyer could take possession, it was held that risk had passed from the seller upon the contract's conclusion and that the buyer was accordingly liable for the full price. No argument for its abatement was made to the court. Miller argues accordingly that only statutory intervention can introduce a satisfactory loss apportionment scheme for the law on frustration.⁷² In the third (2007) edition of his contract textbook, however, Bill McBryde wrote that the Scottish courts have «all the requisite powers» needed to effect reasonable adjustments beyond the reversal of unjustified enrichment, and cited a case in which a party to a contract frustrated for it by the acts of the other party was held entitled to an award of *quantum meruit* for work done prior to the frustration.⁷³ Laura Macgregor on the other hand said in 2009 that «a modern Scottish court is likely to react with surprise to the suggestion that it possesses such a power».⁷⁴

The question was finally put to the Scottish courts in 2011, and Macgregor's scepticism borne out, in the case of *Lloyds TSB Foundation for Scotland v Lloyds Banking Group plc*.⁷⁵ This arose from the financial crash of 2008. TSB Bank had previously set up a charitable foundation (F) to which it made annual payments based upon a certain percentage of the pre-tax profits shown in its annual accounts, with a minimum payment each year of about £38,000. Bank L merged with TSB Bank in 1995 and maintained F thereafter. In 2002 a new accounting requirement came in under which L's annual accounts had to show in the profit and loss account a sum for any 'negative goodwill'; that is, the amount by which the capital value of an asset acquired during the year exceeded what had been paid for it where that was the case. During the banking and financial crisis of 2008-2009 Bank L acquired another bank (HBOS) which, although of high capital value, was confronted with liabilities which would probably have bankrupted it but for the takeover. The price paid was therefore much less than the acquisition's capital value, by some £11.173 billion. The extreme negative goodwill of this rescue operation meant that the 2010 accounts showed Bank L in substantial profit although otherwise on its trading activities it too

Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa, edd R Zimmermann, D Visser and K Reid (2004) 437-68, 454-5.

71 *Sloan's Dairies v Glasgow Corporation* 1977 SC 223. For commentary on the case see A D M Forte, 'Must a Purchaser Buy Charred Remains? – An Analysis of the Passing of Risk on Civilian Principles' (1984) 19 *Irish Jurist* 1; Alan Rodger, 'Roman Law Comes to Partick', in *The Civil Law Tradition in Scotland*, ed Robin Evans-Jones (Stair Society supplementary series vol. 2, Edinburgh, 1995) ch. 9. Neither refers to frustration.

72 See also A. D. M. Forte, 'Economic Frustration of Commercial Contracts: A Comparative Analysis with Particular Reference to the United Kingdom' [1986] *Juridical Review* 1, arguing for both a wider view of what constitutes frustration and a judicial power to modify as well as discharge contracts.

73 McBryde, *Contract*, para 21.48. The case is *Head Wrightson Aluminium Ltd. v Aberdeen Harbour Commissioners* 1958 SLT (Notes) 12. McBryde, *Contract*, para 21.38, also expresses the view that «If frustration is 'self-induced', the 'self' cannot rely on their own acts to plead that the contract is frustrated. But there is frustration so far as the party not at fault is concerned». *Head Wrightson* may be an example of this.

74 Macgregor, 'The Effect of Unexpected Circumstances', 274.

75 *Lloyds TSB Foundation for Scotland v Lloyds Banking Group plc* [2011] CSOH 105, 2012 SLT 13; [2011] CSIH 87, 2012 SC 259; [2013] UKSC 3, 2013 SC (UKSC) 169.

had suffered severe losses. F claimed the sum produced by calculating the percentage of the profit to which it was apparently entitled on the wording of the contract, some £3.5 million. Bank L, as well as arguing about the proper interpretation of the contract, made a submission that Scots law either already recognised, or should recognise, a doctrine termed ‘equitable adjustment’ enabling the courts to address fairly such cases of changed circumstances. It was accepted that the circumstances were not such as to give rise to frustration of the contract.

At first instance in the Outer House of the Court of Session Lord Glennie rather bluntly dismissed the argument for a power of equitable adjustment: «I am not persuaded that there is a such a doctrine in Scots law».⁷⁶ Part of the reasoning supporting this conclusion was that there was no equivalent doctrine in English law, an approach rightly criticised by Macgregor.⁷⁷ On appeal, the First Division of the Court of Session declared that «We are unable to find in Scots law any general doctrine of ‘equitable adjustment’ which would allow the court to moderate the obligation contractually owed by the respondent to the claimer».⁷⁸ The court added: «While it appears that certain European jurisdictions do have some form of equitable adjustment of contracts, there is, as yet, no foundation for it, as a generality, in Scots law. It would be beyond the proper scope of judicial power to develop it in any way which would assist the respondent in this case».⁷⁹

When the case reached the UK Supreme Court, Bank L’s argument for a doctrine of equitable adjustment was scarcely needed, because it won the case as a matter of the contract’s interpretation. But the Scottish judge Lord Hope of Craighead decided to address the argument in some detail. Following that analysis, his conclusion was:

[T]he proposition that the court can equitably adjust a contract on the basis that its performance, while not frustrated, is no longer that which was originally contemplated is not part of Scots law. To hold otherwise would be to undermine the principle enshrined in the maxim *pacta sunt servanda* which lies at the root of the whole of the law of contract. I see no need for this and, as there is no need for it, I would reject the suggestion that the court should assume that function.⁸⁰

Still room for equitable adjustment?

Although Lord Hope’s remarks are obiter, and not part of the reasoning supporting the actual decision in the *Lloyds TSB* case, they obviously carry considerable weight. A chink of light was however left open for future argument about equitable adjustment by his acknowledgement that «[a]daptability has a part to play in any civilised

76 [2011] CSOH 105, 2012 SLT 13, para 90.

77 ‘Long Term Contracts, Changing Circumstances and Interpretation’, Edinburgh Centre for Commercial Law blog, <https://www.ecclblog.law.ed.ac.uk/2011/07/31/long-term-contracts-changing-circumstances-and-interpretation/>, 31 July 2011.

78 [2011] CSIH 87, 2012 SC 259, para 28.

79 *Ibid.*, para 29.

80 [2013] UKSC 3, 2013 SC (UKSC) 169, para 48.

system of law», and that his conclusion on the argument before him was «not the occasion to cast doubt on the ability of Scots law to find equitable solutions to unforeseen problems».⁸¹ Lord Hope would thus seem to have a more optimistic view of judicial power to develop the law to meet new circumstances than his colleagues below in the First Division of the Court of Session.

Lord Hope also conceded that the application of enrichment principles to deal with frustrated contracts was an example of an equitable adjustment, and he noted from the law of leases the abatement of rent cases cited by Lord Cooper.⁸² He additionally referred to the case of *Wilkie v Bethune*, in which a farm servant was to be paid partly in money and partly in potatoes, but the great potato blight of 1846 led the farmer to refuse to fulfil the latter part of his obligation, and the court ordered him instead to pay the servant the money equivalent to ensure the servant's "sustentation", i.e. that he could feed himself and his household. Lord Hope held that the case was an exceptional one, however, and not the source of any general principle.⁸³

It may also be said that the *Lloyds TSB Foundation* case was not the best one in which to develop any notion of equitable adjustment in Scots law. This is so even if the collapse and near-collapse of many banks in 2008, and the concomitant threat to the entire global financial system, looks major enough to qualify as of a sufficiently significant nature to trigger change of circumstance rules in relation to contracts the balance of which was disturbed by these events. But as Lord Hope pointed out, the problem in the case arose from Bank L's own decision in the crisis to acquire HBOS;⁸⁴ the difficulty was, as it were, self-induced. Nor was there any suggestion that the sum involved would reduce Bank L finally to its knees, with all the deleterious consequences that would involve; were it otherwise, the bank would probably not have undertaken the expensive risk of litigating the matter all the way to the Supreme Court. The payment was a 'one-off' brought about by circumstances which posed problems for the bank for one year only. Bank L was thus trying to escape from a bargain which would work out badly for it at a particular moment if it lost on the interpretation point. But as the same bargain might well go bad in future for F, there was no case in equity for allowing L to escape at this particular point.⁸⁵

The *Lloyds TSB* case can thus be read more narrowly, as one where the equity of making an adjustment to the contract failed to be demonstrated, rather than as one where the possibility was decisively ruled out. Various common threads such as good faith, equity and exceptionality run through the cases of equitable

81 [2013] UKSC 3, 2013 SC (UKSC) 169, para 43.

82 The cases actually cited in *Lloyds TSB* were *Muir v McIntyres* (1887) 14 R 470 and *Sharp v Thomson* 1930 SC 1092. See also *Little Cumbrae Estate Ltd v Island of Little Cumbrae Ltd* 2007 SC 525.

83 *Wilkie v Bethune* (1848) 11 D 132.

84 *Ibid.*, para 46. Bank L was however under immense Government pressure to save HBOS from collapse: see Ray Perman, *Hubris: How HBOS Wrecked the Best Bank in Britain* (Edinburgh: Birlinn, 2012), ch. 18 ('Apocalypse Now').

85 See for further comment on this aspect of the case Hector L MacQueen, 'Change of Circumstances: CISG, CESL and a Case from Scotland', (2012) 11 *Journal of International Trade Law and Policy* 300, 302-3.

adjustment apart from frustration mentioned by Lord Hope. The rent abatement cases, for example, were said by Lord Shand in 1887 to be «founded on the highest equity».⁸⁶ In *Wilkie v Bethune* the farm servant sought specific implement or damages based on the market price of potatoes. Although the various judicial opinions are not models of clarity, the case can be read as one where the court exercised its equitable discretion not to grant specific implement and awarded damages instead. This rested on the good faith interpretation of the contract of employment as one of sustenance for the servant rather than one intended to provide him with goods for resale at a profit. Certainly in the modern law it is clear that although specific implement is a matter of right in Scotland, this is tempered by the court's equitable power to refuse the remedy where performance is impossible or otherwise unenforceable, or (more significantly for present purposes) would cause undue hardship for the defender.⁸⁷ *Wilkie v Bethune* is thus indeed exceptional on its facts; but it is precisely in exceptional cases that one should expect a principle of equitable adjustment to become applicable.

Lord Cooper argued that one of the «cardinal features» of Scots law in addressing the problem of change of circumstances was that «[w]ith us law and equity have never been separated, and equity has tended to predominate».⁸⁸ The second observation can be fairly doubted; the late Joe Thomson once observed that in Scots law «equity has passed the age of child-bearing».⁸⁹ That extreme conclusion is implicitly challenged in general by the more recent and deeper analysis of the subject provided by Dr Dan Carr.⁹⁰ Nor can there be any doubt about the role equity already plays in contract law. Apart from its use to regulate specific implement, mentioned above, it also qualifies the right to withhold performance under the doctrine of mutuality and the power of a party to insist on performing despite the other party's repudiatory or anticipated breach.⁹¹ While good faith may well be «generally an underlying principle of an explanatory and legitimating rather than an active or creative nature», «the broad principle in the field of contract law of fair dealing in good faith» has been explicitly used to require particular kinds of action by contracting parties; and many other contract rules can be recognised as manifestations of the principle.⁹²

⁸⁶ *Muir v McIntyres* (1887) 14 R 470, 473.

⁸⁷ McBryde, *Contract*, paras 23.15-23.22; MacQueen and Thomson, *Contract Law* paras 7.6-7.11. Specific implement will also be refused if it is sought to enforce personal relationships such as employment, or where damages would provide an adequate remedy.

⁸⁸ Cooper, 'Frustration of Contract', 124.

⁸⁹ J. M. Thomson, 'The Role of Equity in Scots Law', in *Equity and Contemporary Legal Developments* (1992), 923.

⁹⁰ Daniel J. Carr, *Ideas of Equity* (Edinburgh Legal Education Trust, 2017); idem, 'Are Equity and Law in Scotland Fused, Separate or Inter-twined?' in *Law and Equity: Fusion and Fission* edd John C P Goldberg, Henry E Smith and P. G. Turner (2019) ch. 8.

⁹¹ H MacQueen and S O'Byrne, 'The Principle of Good Faith in Contractual Performance: A Scottish-Canadian Comparison' (2019) 23. *Edinburgh Law Review* 301, 320-6.

⁹² See further MacQueen and Thomson, *Contract Law*, para 5.26. The quotations are by Lord Hope in *R v Immigration Officer at Prague Airport ex parte European Roma Rights Centre* [2005] 2 AC 1 para 60 and by Lord Clyde in *Smith v Bank of Scotland* 1997 SC (HL) 111, 121.

The doctrine of frustration looks unlikely to have much application in the context of the coronavirus pandemic in Scotland unless the period of emergency lockdown extends much further than the not quite three months it has lasted at the time of writing. But a doctrine of equitable adjustment encompassing the possibility of modification of otherwise strict contract terms to prevent manifest unfairness, abatement of prices, temporary suspension of performance obligations, and claims in enrichment and *quantum meruit* for work done but not completed, all short of frustration, could have a useful role to play when the parties themselves cannot agree on how to resolve the problems caused for their contracts by the legal restraints with which the pandemic has been tackled. It might be a way for the Scottish courts to put some substance behind the UK Government's guidance dated 7 May 2020 on responsible contractual behaviour in the performance and enforcement of contracts impacted by the Covid-19 emergency.⁹³ It would indeed be unfortunate if the *Lloyds TSB* case were held to have cut out all possibility of such an approach, especially when Lord Hope's remarks on the subject were not necessary to the actual decision of the UK Supreme Court and perhaps not based on a full review of authority and principle.

⁹³ See <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-responsible-contractual-behaviour-in-the-performance-and-enforcement-of-contracts-impacted-by-the-covid-19-emergency> (issued by the Cabinet Office).

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Force majeure in the time of coronavirus

Kenneth A. Adams

*Author of *A Manual of Style for Contract Drafting**

A force majeure provision in a contract expresses that if something sufficiently bad happens that isn't under a party's control, it would be appropriate to suspend performance.

Given the coronavirus pandemic, a handful of readers suggested that I write something about force majeure provisions. Initially I demurred —I thought I'd already had my say in previous blog posts. Also, I wasn't inclined to join the dismal tide of law firm newsletters on the subject.

But after revisiting the subject in my capacity as advisor to LegalSifter, I was reminded that I did have something to say. But I won't attempt to cover the topic comprehensively —that would take too long and would likely be too dull. Instead, I'll focus on stuff that has caught my attention. Then I'll summarize what matters for contracts you've already signed and what matters for contracts you have yet to sign. I'll limit myself to my experience with U.S. contracts, but much of this should be relevant in other jurisdictions.

1. Why the Phrase «Force Majeure»?

Here's the *Black's Law Dictionary* definition of force majeure:

force majeure (fors ma-zhər) [Law French «a superior force»] (1883). An event or effect that can be neither anticipated nor controlled; esp., an unexpected event that prevents someone from doing or completing something that he or she had agreed or officially planned to do.

The phrase force majeure might seem annoyingly legalistic. One could use instead a defined term such as *Interruption Event* or *Excusable Downtime*, or even something as custom-made as *Country Risk Event*. But such alternative defined terms are often used to express a broader meaning that incorporates the concept of force majeure, or a different meaning, so using one of those alternatives instead of *force majeure* could create confusion.

In a 2013 blog spot (Adams, 2013a) I say that abandoning the phrase force majeure would be more trouble than it's worth. (And if you think force majeure is annoying, be grateful for small mercies —the Latin alternatives *vis major* and *casus*

fortuitus are out there). But if you're scouring your existing contracts looking for force majeure provisions, be on the lookout for improvised synonyms.

2. Don't Expect to Always See a Label

Whatever terms of art or defined terms are used to express the concept of force majeure, it's often expressed without using the label. Here's an example, plucked at random from EDGAR:

14.9 If, by reason of any cause beyond the reasonable control of either party hereto, including, but not limited to, strikes, failure of major subcontractors, fire, hurricane, flood or other acts of nature or acts of God, accidents, war, acts of terrorism, civil unrest, embargo or other governmental act, regulation or request, or other legal restrictions, such party is delayed in its performance, in whole or in part, of its obligations under this Agreement (other than monetary obligations), then such party shall be excused from such performance and such nonperformance will not make the party liable to the other party. The party delayed shall, as promptly as reasonably possible, notify the other party of the reasons for the delay and its estimated duration.

So if you look for this kind of provision just by looking for force majeure or some equivalent term, you'll miss stuff. It's essential you also look for structures repeatedly used to express the underlying meaning. With my help, LegalSifter has devised software to do just that. (More about that below).

Once you know what to look for, you'll find force majeure provisions—whether or not they use that term—in unexpected places. For example, in termination provisions. This is from a hotel agreement:

RIGHTS OF TERMINATION FOR CAUSE

This Agreement may be terminated by either party without liability upon written notice under the following circumstances:

- (i) if a party's performance under this Agreement is subject to acts of God, war, government regulation, terrorism, disaster, strikes, civil disorder, curtailment of transportation facilities, or any other emergency of a comparable nature beyond the party's control that in each case make it illegal or impossible to perform its obligations under this Agreement. In such event, the terminating party shall give written notice of termination to the other party within five (5) days of such occurrence; or
- (ii) if either party makes a voluntary or involuntary assignment for the benefit of creditors or enters into bankruptcy proceedings prior to the date of the Event. In such event, the party who is not making an assignment or entering into bankruptcy proceedings shall have the right to terminate this Agreement upon written notice to the other party; or

- (iii) if at the time of the Event, the hotel will no longer be operated under a Hyatt brand. In such event, Hotel shall notify Group in writing of such change, and Group shall have the right to terminate this Agreement without liability upon written notice to Hotel within thirty (30) days of the date of Hotel's notice of change of brand.

In the event of termination by either party under this Section, Hotel shall refund all deposits and/or prepayments made by Group within thirty (30) days of receipt of the notice of termination.

You also see the concept expressed in the definition of *Material Adverse Change*. That would result in the concept underlying force majeure having implications for statements of fact, conditions, obligations, and termination provisions. See *MSCD* 9.41-47.

3. Why the Parade of Horribles?

The most distinctive feature of force majeure provisions is the list of events or circumstances that constitute examples of what might constitute a force majeure event. Each of the three extracts above contains such a list. I've seen it called «the litany» and «the laundry list,» but I think of it as the parade of horrors.

For several reasons, the parade of horrors is roll-your-eyes counterproductive.

Ascribing significance to exactly what is included in the parade of horrors is to misconstrue its function. If one drafter includes solar flares and avalanches in the parade of horrors and another includes terrorism and tsunamis, it's highly likely they do so not because those perils are particularly relevant to that transaction. Instead, the parade of horrors represents a flailing attempt to capture that you wish to include *all the bad things!*

But the world is sufficiently brutal and capricious that it isn't remotely realistic to encompass in the parade of horrors every bad thing that isn't within a party's control. Drafters try anyway, because the legal profession's reflexive reaction to semantic uncertainty is throw words at it. With the parade of horrors, it's to no avail.

And thanks to the copy-and-paste urge and the legalistic mindset, what is thrown into the parade of horrors can seem quaint. *Act of the public enemy. Pestilence. Peril of the sea. Civil commotion.* And of course, *act of God.*

4. The Ever-Growing Parade of Horrors

Once you start throwing words at the parade of horrors, for three reasons it's hard to stop.

First, a parade of horrors might be a finite list, lacking any suggestion that other events or circumstances might be included. Here's an example:

1.27 «Force Majeure» means any occurrence beyond the reasonable control of a Party that (a) prevents or substantially interferes with the performance by that Party of any of its obligations under this Agreement and (b) occurs by reason of any act of God, flood, fire, explosion, earthquake, strike, lockout, labor dispute, casualty or accident, or war, revolution, civil commotion, act of terrorism, blockage or embargo, or any injunction, law, order, proclamation, regulation, ordinance, demand or requirement of any government or of any subdivision, authority or representative of any such government.

With such a list, you shouldn't be surprised if a court limits you to what's in the list. *See, e.g., Kel Kim Corp. v. Cent. Markets, Inc.*, 70 N.Y.2d 900, 902–03, 519 N.E.2d 295 (1987) («Ordinarily, only if the force majeure clause specifically includes the event that actually prevents a party's performance will that party be excused»). That would encourage a drafter to pad their list.

But the elements of the parade of horrors are usually offered as examples, either by introducing the list with *include* or *including* or by tacking on a catch-all. (Here's an example of a catch-all: «or any other cause not enumerated herein but which is beyond the reasonable control of the Party whose performance is affected»). That leads to the second problem: listing examples creates an *ejusdem generis* problem. (*Ejusdem generis* is the principle of interpretation that holds that when a general word or phrase follows a list of specifics, the general word or phrase will be interpreted to include only items of the same class as those listed).

So a court might say that, for example, you included only terrestrial events in your list, so the force majeure provision doesn't cover solar flares. That's paradoxical—if force majeure provisions are intended to capture the unexpected, why refuse to consider something to be a force majeure event if it doesn't resemble what's in the parade of horrors? In any event, the practical result of this approach is that it gives drafters another reason to make their parade of horrors ever longer.

And third, there's caselaw to the effect that to fall within the scope of a catch-all, something has to be unforeseeable, whereas if something is listed in the parade of horrors, it need not be unforeseeable. That too gives drafters an incentive to throw everything and the kitchen sink into the parade of horrors. (I discuss that in a 2018 blog post) (Adams, 2018).

So the parade of horrors not only doesn't make sense, it also clogs up the works.

5. The Fragility of Elements of the Parade of Horrors

Even if the parade of horrors includes an event or circumstance that is relevant, you're still condemned to vagueness.

Consider *earthquake*. It seems straightforward, but *earthquake* too is vague. At what point does an earthquake matter for force majeure? Presumably not if it just rattles your teacups.

An aggravated version of the problem afflicts elements that don't describe the nature of an event or circumstance but instead refer to the result. For example,

disaster. You're in effect trying to give meaning to *all the bad things* by saying it includes anything really bad.

It's possible to build in a measure of certainty by tying an event or circumstance to objective criteria. For example, *pandemic* is a vague word—a what point does an epidemic become a pandemic? You could circumvent that by having something be a pandemic if the World Health Organization declares it to be a pandemic, as it did on 11 March 2020 with coronavirus.

Such potential islands of certainty aside, assessing whether an element has been triggered involves vagueness—sticking your finger in the air and deciding whether it's bad enough.

6. Getting Rid of the Parade of Horribles

Given the futility of the parade of horrors, I have omitted it from my force majeure language. (The most recent iteration is in a 2013 blog spot) (Adams, 2013b). You can't escape the vagueness, so I embrace it by simply referring to *any event or circumstance*, offering no examples that might encourage a court to arbitrarily limit the provision. I leave it to the parties or the courts to figure out what would be reasonable in the circumstances. That's what they'd have to do anyway.

7. Consider Using Carveouts

If you wish to exclude certain events or circumstances from the scope of force majeure, you could omit them from the parade of horrors, but it would be much clearer to exclude them explicitly, using carveouts.

You could exclude, for example, a strike or other labor unrest that affects only the nonperforming party, an increase in prices or other change in general economic conditions, or a change in law.

Whether a carveout makes sense for a transaction depends on the circumstances. For example, you might decide that you draw the line at assuming the risk of an event or circumstance occurring. Or you might include in a carveout something that courts likely would not consider a force majeure event, on the principle that it's better to avoid a fight than win a fight. Whatever the carveout, think it through.

8. Keeping Deal-Specific Risk Separate from Free-Floating Risk

Here's the definition of force majeure from an oil-and-gas contract:

Section 14.2. Definition of Force Majeure. The term «**Force Majeure**» as used in this Agreement shall mean, to the extent not reasonably within the control of the Party claiming relief and that, by the exercise of reasonable diligence, such Party is unable to prevent or overcome, any of the following events: *acts of God*,

strikes, lockouts or other industrial disturbances, acts of the public enemy, acts of terror, sabotage, wars, blockades, military actions, insurrections, riots, epidemics, landslides, subsidence, mining operations, lightning, earthquakes, fires, storms or storm warnings, crevasses, floods, washouts, civil disturbances, explosions, breakage or accident to wells, machinery, equipment or lines of pipe, the necessity for testing or making repairs or alterations to wells, machinery, equipment or lines of pipe, freezing of wells, equipment or lines of pipe, inability or any Party hereto to obtain, after the exercise of reasonable diligence, necessary materials, supplies, rights of way, or government authorization, any action or restraint by any Governmental Authority (so long as the Party claiming relief has not applied for or assisted in the application for, and has opposed where and to the extent reasonable, such action or restraint, and so long as such action or restraint is not the result of a failure by the claiming Party to comply with applicable laws, rules, regulations, or orders). Anything to the contrary set forth in this Agreement notwithstanding, none of the following events, under any circumstance, constitute a Force Majeure event: (a) the lack of financial resources, or the inability of a Party to secure funds or make payments as required by this Agreement absent the other Party's breach of this Agreement which has a material adverse effect on such Party; (b) adverse market, financial or other economic conditions including changes in market conditions that either directly or indirectly affect the demand for or price of Gas; or (c) availability of more attractive markets or gathering services for Gas.

I've highlighted in italics those elements that seem to address the all-the-bad-things urge, and I've highlighted in underlined —*crevasses!*— those that seem to relate to the work being performed under the contract.

It's not a good idea to mix those two elements. You should be able to address with much greater specificity the risks that pertain to work under the contract. Do so separately.

9. Foreseeability Doesn't Make Sense

As mentioned above, foreseeability features in caselaw on force majeure. That doesn't make sense. Here's what I say in my 2018 blog spot (Adams, 2018):

Everything can seem foreseeable if you have a broad enough frame of reference. Is it foreseeable that this train is going to crash? Perhaps not, but it is foreseeable that at some point somewhere a train will crash, and it's just a matter of odds whether it's this one. And is a hurricane foreseeable or unforeseeable? How you answer depends on your perspective. I'd rather not have that kind of fight, so bring on the half-page definition of Force Majeure Event.

In other words, eliminate foreseeability as an issue: in your force majeure provision, use the phrase *whether or not foreseeable*. Instead, focus on preparedness: make it a condition to invoking force majeure that the party in question's inability to perform isn't due to its failure to (1) take reasonable measures to protect itself or (2) develop and maintain a reasonable contingency plan.

10. What Are the Implications If a Force Majeure Provision Is Triggered?

If an event or circumstance triggers a force majeure provision, the nonperforming party is excused from not performing. But things can get murky. For example, what if a group booked a conference at a hotel and paid a deposit, then cancelled because of COVID-19? Arguably both the group and the hotel are excused from performing. But what happens to the deposit? Unless the contract specifies, there's no clear answer. (The extract above is specific —the hotel has to refund the deposit).

The more specific you are, the better.

11. Whether to Include a Force Majeure Provision

Should you include a force majeure provision in a draft? Here's what my 2018 post says (Adams, 2018):

Force majeure provisions originated in contracts for infrastructure projects, but by process of osmosis they've migrated pretty much everywhere. (For example, for a consulting client I'm working on a contract for financial services; the template that is my starting point contains a force majeure provision). It's hard to object on principle to this expanded use of force majeure: an earthquake that disrupts tunnel building can also mess with financial transactions. But you could decide to forego entirely the reallocation of risk inherent in force majeure provisions.

At issue is whether the parties are committing enough to the relationship that it would be fair to revisit the risk allocation. There's no right answer —it's a function of bargaining power and the nature of the risk.

12. What If There's No Force Majeure Provision?

If a contract doesn't contain a force majeure provision, a party could invoke the common-law defense of commercial impracticability. Tina Stark (2003, p. 323) says, «While modern courts readily entertain the impracticability defense, they apply the defense inconsistently.» No surprise —they're wrestling with vagueness.

And the defense of impracticability has been incorporated in § 2-615 of the Uniform Commercial Code for contracts involving the sale of goods.

Whatever the merits of the defense of commercial impracticability, a force majeure provision has the benefit of evidencing, at a minimum, that the parties recognize that it might at some point be appropriate to suspend arrangements provided for in the contract.

13. What Matters for Purposes of Contracts You've Have Yet to Sign

You're drafting or negotiating contracts. Should you include a force majeure provision? If so, what should it look like? Some suggestions:

1. Based on what's at stake in the deal and your appetite for risk, decide whether to include a force majeure provision.
2. Remember that even without a force majeure provision, the remedy of commercial impracticality might be available.
3. If you include a force majeure provision, have it apply just to the all-the-bad-things risk. Keep separate risks that pertain directly to the work being performed.
4. Do your best to address explicitly the consequences if the force majeure provisions is triggered.
5. Don't include a parade of horrors.
6. Consider including carveouts. In particularly, carve out the current pandemic!
7. As an alternative to making foreseeability an issue, impose conditions on the nonperforming party's invoking force majeure.

A resource you might find helpful is my force majeure provision, which is in my 2013 blog post (Adams, 2013b).

14. Summary: What Matters for Purposes of Contracts You've Already Signed

We're in the time of coronavirus, and your company is party to a whole bunch of contracts. If your company is under pressure, or your counterparties are under pressure, it might be prudent for you to assess how force majeure plays out in your existing contracts.

But before you root around, remember these factors, each of which I discuss in this post:

1. A contract might use an alternative term of art or defined term to express the concept of force majeure.
2. The concept of force majeure might be expressed without a label—you have to be prepared to look for the underlying meaning.
3. Force majeure won't always be where you expect to find it in a contract.
4. Recognize the limitations of the parade of horrors.
5. Recognize the limitations of foreseeability.
6. In the absence of a force majeure provision, a remedy under the Uniform Commercial Code or the common-law remedy of commercial impracticability might be available.

Whether the coronavirus epidemic would trigger a force majeure provision in a contract would depend on the circumstances and the contract language. That's beyond the scope of this post. An article (Richman, Helms, Rasile, Krieser &

Thompson, 2020) in the National Law Journal by lawyers from McDermott Will & Emery would give you an idea of the inquiry involved, but take into account the issues discussed in this comment. And I can see some topics that might come into play, whether or not they make sense:

- Is COVID-19 an act of God? A natural disaster? Well, human agency has certainly been involved: Eating bats, perhaps. Ignoring advice to stay home. Feckless government.
- It might matter why and when a party stopped performing. Out of prudence? Because of a government order?
- Protective measures taken by a party might be of limited significance: we're all responsible for containing the spread of a pandemic.

How would you look for force majeure in your contracts? If you have more than a handful, it would make sense to automate the task. With all the AI-and-contracts companies out there, you doubtless have different services targeting force majeure to choose from, but the one option I know of is that offered by LegalSifter. It's described here.¹

LegalSifter's service incorporates my expertise. Other companies offering this kind of service rely on ... who knows. If I can't identify whose expertise is being used, I can't trust it. If you'd like to know more about how LegalSifter might be able to help you, you can send LegalSifter an email.²

References

Adams, Kenneth (2013a). Can we get rid of the term of art «force majeure»? En Adams on Contract Drafting, 24 de agosto. <https://www.adamsdrafting.com/can-we-get-rid-of-the-term-of-art-force-majeure/>

Adams, Kenneth (2013b). Revisiting my «force majeure» language (with yet more changes). En Adams on Contract Drafting, 20 de agosto. <https://www.adamsdrafting.com/revisiting-my-force-majeure-language/>

Adams, Kenneth (2018). Eliminating unforeseeability as a requirement in force majeure provisions. En Adams on Contract Drafting, 18 de junio. <https://www.adamsdrafting.com/eliminating-unforeseeability-as-a-requirement-in-force-majeure-provisions/>

Richman, Lisa M., Helms, Shawn C., Rasile, Craig, Krieser, Jason D. & Thompson, Paul M. (2020). Force majeure and Covid-19: Frequently asked questions. En *The National Law Review*, 20 de marzo. <https://www.natlawreview.com/article/force-majeure-and-covid-19-frequently-asked-questions>

Stark, Tina L. (2003). *Negotiating and drafting contract boilerplate*. USA: ALM Publishing.

¹ <https://www.legalsifter.com/force-majeure>

² <https://www.legalsifter.com/contact-us>

EUROPA

**Financing the corona crisis in the European
Union, meandering between national selfishness
and community thinking**

Hans-Bernd Schäfer
Bucerius Law School (Hamburg)

Preface

This article was originally written in German for the monthly Journal «Wirtschaftsdienst» in April 2020, where it was published in the same month. It is a critique of failed solidarity within EU countries. In May things changed dramatically after a conference between the French President Macron and the German chancellor Merkel. They now propose that the EU commission should mobilize 500 bn. Euros financed mainly with credits to be serviced and guaranteed by member states and to be disbursed as grants to the member states most affected by the Corona crisis, that is mainly to Italy and Spain. This initiative is only a proposal to the European council consisting of the heads of governments, which has to accept it unanimously. Several countries, including Austria, Denmark, the Netherlands, and Sweden object. They made a counterproposal. They insist on credits and not grants for the recipients. They also want safeguards that this is an exceptional move by EU member countries to cope with the Corona crisis and not the beginning of a permanent transfer of income from the Northern to the Southern states of the EU.

The president of the EU commission von der Leyen had asked member states for a recovery program for the EU after Corona, a «Marshall Plan» as she said. The Marshall Plan (1948-53) was a credit and transfer program, which contributed decisively to Western Europe's speedy economic recovery after the destructions of World War II. Does the Macron-Merkel proposal stand up to this legendary recovery program? Much will depend on details, which are still unknown. But if one looks at the pure numbers their proposal -if realized- will lead by far to the greatest international transfer of resources the world has ever seen in peacetimes. The Marshall plan (1948-53) had a total volume of 13.9 Billion dollars. Since 1950 the dollar lost 80 percent of its purchasing power. In today's money, the Marshall plan would have a volume of 70 billion Dollars. This proposal of Macron and Merkel has a volume of 545 billion dollars, almost 8 times as much. A sizeable proportion (35%) of the Marshall plan consisted of credits. This is a plan for grants (transfer payments and subsidies) for countries most hit by the Coronavirus. Even if one corrects these numbers by the presently much bigger size of the real national income it is still very big. We do not know yet how much of it will be realized. But it shows like the text below how much the EU is meandering between national egocentrism and thinking of Europe as a community with a common destiny.

When I wrote the text below in mid-April this year it was not at all clear and even unthinkable that such a bold plan would emerge. But for the reader it might still be of interest to see how much European governments fluctuate between different options.

ESM-loans are not sufficient

On the 9th of April 2020 the finance ministers of the euro zone proposed that each member state can borrow an amount of 2 percent of its gross national product as a loan under the ECCL credit line (Enhanced Conditioned Credit Line) standardized in Art. 15 of the ESM Treaty, as a «Pandemic Crisis Support».

The ESM refinances itself with credits, including bonds, which are guaranteed by Eurozone member states in proportion to their share of equity. Depending on the creditworthiness of the individual member states, the ESM's refinancing loans are subject to interest rates that are equal to the average of all interest rates that the member states have to pay on their debts in the national bond markets, weighted by their equity ratios. This interest rate is currently 0.53 percent. In addition, there is an interest margin which allows «full coverage» of all costs of the ESM, Art. 20 (1) ESM Treaty. In April 2020, the ESM states its lending interest rate at 0.76 percent. It turns out that 14 of the 19 Eurozone countries pay a lower interest rate for national government bonds with a term of 10 years than for ESM loans. In only 5 euro countries is an ESM loan cheaper than national government bonds.

The highest possible loan amount of those countries for which an ESM loan results in an interest rate advantage over financing with national government bonds is less than 70 billion and thus amounts to 29 percent of the amount that politicians and newspapers blurt out. If there were a political consumer protection, every citizen could obtain a temporary injunction to have the misleading information on the homepage of the Ministry of Finance deleted. For two countries the financial advantage is so small that it almost disappears. In order to estimate it, column 3 of table 2 contains the current difference between the interest rate for 10-year national government bonds and the interest rate for ESM loans. Multiplying this difference by the highest possible ESMC loan for each country gives the highest possible interest saving per year and country. Only Italy, Greece and Cyprus are able to calculate significant amounts taking into account the size of the country. For Portugal and Spain the savings are not worth mentioning and are so low that the question arises whether the additional transaction costs of an ESM loan, such as negotiation and reporting costs do not make borrowing from the ESM unattractive from the outset.

The highest possible loan amount of those countries for which an ESM loan results in an interest rate advantage over the national debt is less than 70 billion and thus amounts to 29 percent of the amount that politicians and newspapers blurt out. Only Italy, Greece and Cyprus can calculate significant amounts based on the size of the country. For Portugal and Spain the savings are not worth mentioning and are so low that the question arises whether the additional transaction costs of an ESM loan, such as negotiation and reporting costs do not make borrowing from the ESM unattractive from the outset.

For the remaining 3 countries, the benefits are modest but significant. But these cannot hide one thing. The ESM credit line is –also in combination with further credit lines from the European Commission of 100 billion euros and the European Investment Bank of 200 billion euros - so small that these countries would have to increase their national debt considerably if another solution were not found.

ESM loans, conditionality and «Outright Monetary Transactions» (OMT) of the European Central Bank

It seems essential that the taking out of an ESM loan to combat the Corona crisis could have far-reaching consequences for the overall structure of the European Monetary System. This applies above all to the abrogation of strict conditionality and the question of how this affects the permissibility of the OMT (Outright Monetary Transactions) of the European Central Bank. The conditions for a corona loan for the improvement of the health care system must be different and much milder than for an ESM loan, which serves to restore financial stability. The question then arises as to what impact the taking out of an ESM loan as part of «Pandemic Crisis Support» will have on the central bank's ability to buy up government bonds of individual countries if they fall into a financial crisis.

When, at the height of the financial crisis in 2012, Italy came under pressure from the financial markets and the interest rates for government bonds there rose to unsustainable levels, the President of the European Central Bank Draghi gave his famous speech "Whatever it takes". He announced a programme to buy up government bonds of a distressed member state, provided that this state had previously borrowed from the ESM, subject to strict conditionality. This announcement alone caused interest rates on Italian government bonds to fall rapidly. This so-called Draghi Plan was the subject of decisions by the Federal Constitutional Court and the European Court of Justice. It was accepted as admissible under European law and compatible with the German constitution. The justifications, however, consider it essential that the OMT transactions of the central bank to support individual member states are accompanied by strict conditionality attached to taking out an ESM loan. The European Central Bank had clearly formulated these conditions in a press release in September 2012, to which it is linking OMT purchases. According to this statement, the «strict and effective conditionality» of an ESM loan is a necessary precondition for any OMT purchases, which, moreover, according to this statement, will be terminated as soon as the borrowing state fails to meet the conditions. The ECJ found that this programme is covered by the mandate of the central bank and in its reasoning made particular reference to strict conditionality.

How should OMT purchases by the central bank of government bonds of a country taking out an ESM loan to cover corona-related health care costs be assessed? The terms and conditions of the ESM loan are completely different from those of the Draghi Plan. Is it sufficient for the central bank's OMT purchases if a country heading for sovereign insolvency proves that it has spent the ESM loan on healthcare? Only little would then remain of the prohibition of state financing by the

central bank in accordance with Art. 123 (1) TFEU. It is not possible today to predict how the European Central Bank will react should debt crises of individual states occur in connection with the high demand for public loans due to Corona. It is to be feared, however, that targeted purchases of the debt instruments of these states will then be made within the framework of the OMT programme, although these states have not agreed to strict macroeconomic stabilisation in accordance with Art. 3, Art. 12(1) ESM Treaty. With the decision to finance corona-conditioned loans via the ESM, the finance ministers may have taken a further step towards a central bank that acts as a financial policymaker, which will iron out the weaknesses of the member states in being able to act appropriately in terms of financial policy.

Corona bonds with varying risk potential and moral hazard

Many prominent economists and politicians have suggested Eurobonds in recent weeks including many from Germany. They emphasized that the situation is —for 2 reasons— different from 10 years ago at the outbreak of the financial crisis, when Eurobonds were also proposed. First, the Corona crisis is a catastrophic shock and an exceptional case for all people in the European Union, which obliges member states to solidarity. Article 222 (1) TFEU states: «The Union and its Member States shall act jointly in a spirit of solidarity if a Member State is affected by a terrorist attack, a natural disaster or a man-made disaster. The Union shall mobilise all the means at its disposal ...». This requirement is exemplary today. Secondly, the proposals on corona bonds currently under discussion are not communitised government bonds with joint and several liability, as they were proposed during the financial crisis and rightly criticised and rejected.

The Eurobond models discussed and politically proposed today lead either to limited pro rata liability or to no liability at all for the debts of other states. Mixed forms in which the liability ratio of a state is smaller or larger than its payout ratio are also being discussed.

The least problematic under constitutional law would be a Corona Bond, which would cover the credit requirements of all Eurozone states arising from the epidemic. Each member state would then only be liable for the share it takes out itself. In that case, no repayment obligations on the part of one state can arise for another state. The result would be an average interest rate of between 1.6 percent for Italian government bonds and -0.35 percent for German government bonds because the financial markets would price in the risk of state insolvency for individual debtors according to their share. This average interest rate currently stands at 0.53 percent. If such corona bonds to the tune of 1 trillion euros were issued, and Germany received a payout of 20 percent on them, it would pay 0.9 percent higher interest —compared to German government bonds. This would lead to an annual additional burden and, in the case of a corona bond with a term of 10 years, to an indirect transfer payment of 18 billion to the weaker countries, which would pay a lower interest rate than for national government bonds. After 10 years, the bond could be repaid and revolved into national government bonds. This would be without any guarantee risk but

would result in a moderate and temporary transfer of EUR 18 billion within 10 years. Such a proposal is currently being put forward by Italy, according to an interview with Italian Prime Minister Conte. The proposal of a corona bond of this kind is sometimes countered by the argument that the corona bond is only the entry into a European transfer union and cannot be reversed. But special situations require special measures, and nobody can force Germany to permanently subsidise the national budgets of other Member States of the European Union with Eurobonds. This variant of Eurobonds not only has the advantage of being constitutionally unobjectionable. It also leaves the liability risk exclusively with the debtor and thus reduces moral hazard.

By contrast, financing via the ESM results in a guarantee of 26.9 percent of the German capital share. This would also apply to models such as the one from Felbermayr, Hüther and others, which only provide for corona bonds for those states which have difficulties in being able to carry out the corona-induced expansion of national debt on their own. However, the proposal of these scholars would have the advantage that, because all the states in the euro zone assume the liability risk in accordance with their quota, a high corona-induced increase in the debts of weaker countries could not trigger a speculative attack by the financial markets on these countries.

The mantra-like argument of the need for a unity of liability and decision in this context ignores the fact that some of the most important and successful institutions of capitalism allow risk spreading, insurance, risk shifting and shielding against external shocks. Their introduction constantly changed the relationship between liability and decision and was accompanied by moral hazard. Without the invention of the general partnership, which enabled merchants to pool risks, without the invention of the legal entity, which effectively protects companies against risks threatening their existence by shareholder creditors, without the limited liability company, which enables parts of the private assets of shareholders and partners to be withdrawn from creditors' access through the principle of separation, there would be neither capital markets nor large companies. The fact that moral hazard problems are also associated with this only demonstrates the need to find a compromise between the principle of risk diversification and the principle of liability. Only this enables individuals, companies and entire societies to take risks that would otherwise be avoided as unacceptable.

La Unión Europea en tiempos de coronavirus*

Alessandro Somma

Università degli Studi di Roma «La Sapienza»

* Texto traducido del italiano al español por Francesca Benatti. Revisión por Sergio García Long.

1. ¿Sobrevivir al coronavirus para morir de Europa?

1.1. Una crisis del sistema

Europa, golpeada por décadas de ortodoxia neoliberal, cuenta hoy con sistemas de bienestar reducidos al mínimo, mutilados por recortes y privatizaciones que han comprometido seriamente la posibilidad de proteger la salud y proporcionar protección social. Sin embargo, cada vez más personas la necesitan desesperadamente: esa misma ortodoxia ha generado trabajadores desempleados, precarios y empobrecidos, tanto que un tercio de ellos terminaría en la pobreza si no recibieran ingresos durante más de tres meses.¹

En esta situación estalla la emergencia del coronavirus, ante la cual los Estados tendrán que reaccionar con la imposición de maniobras presupuestarias si realmente quieren evitar el colapso de los sistemas de salud y lograr lo que ahora es invocado incluso por los guardianes de la ortodoxia neoliberal,² así como por los más populares entre los banqueros: proporcionar ingresos a los trabajadores que han perdido sus empleos, evitando así que la incipiente «recesión se convierta en una depresión duradera».³ Con el resultado de que todos los dogmas contemplados por la ortodoxia neoliberal serán profanados, en particular los límites de deuda y déficit indicados en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y especificados en el pacto fiscal: el primero en estar dentro del 60 % del PIB, y el segundo se restablecerá para lograr el equilibrio.

Para hacer frente a la situación, la Comisión Europea ha suspendido el Pacto de Estabilidad y Crecimiento en la parte dedicada a la prevención y represión de las desviaciones de la disciplina fiscal y presupuestaria. Lo hizo recurriendo a la cláusula de escape general, contenida en el mismo Pacto para «permitir una salida temporal, coordinada y ordenada de los requisitos normales» en caso de

1 Oecd Better Life Index for 2017 (9 marzo 2020). www.oecdbetterlifeindex.org/it

2 Véanse los ensayos en R. Baldwin y B. Weder di Mauro (2020).

3 Draghi: we face a war against coronavirus and must mobilise accordingly (25 marzo 2020). www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b

que ocurra «una situación de crisis generalizada causada por una grave recesión económica».⁴

Pero sería una apuesta pensar que Europa ha cambiado de rumbo. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento se ha suspendido pero no se ha dejado de lado definitivamente. Se restablecerá de inmediato cuando termine la emergencia, con todo lo que sigue: la obligación de los países europeos de volver al camino de respetar los límites de la deuda y el déficit, o del rigor y la austeridad, además comenzando desde posiciones que están considerablemente más en desventaja que las actuales. Por ejemplo, según las estimaciones que se refieren a Italia, que son las más populares, al final de la emergencia la deuda habrá alcanzado el 170-180 % del PIB, mientras que el déficit habrá llegado al 4-5 % del PIB (aunque estas son estimaciones que empeoran con el paso de las horas).

Está claro que en este caso, si sobrevivimos al coronavirus, correremos el riesgo de morir de Europa. El retorno de esos niveles de déficit hacia el equilibrio presupuestario y, aun peor, de esos niveles de deuda hasta el umbral del 60 % del PIB, impondría medidas que harían palidecer a aquellos inspirados en la ortodoxia neoliberal. También porque la situación será tan grave que hará que sea imposible o demasiado costoso ser financiado por los mercados, y por lo tanto la asistencia financiera condicional provista por las instituciones europeas tendrá que ser aceptada. Entonces nos daremos cuenta, si no lo hemos entendido antes, de que la crisis generada por la emergencia del coronavirus no es una de las muchas crisis cíclicas del capitalismo, sino una crisis del sistema que ha acechado por algún tiempo y ahora explotó repentinamente.

1.2. ¿Puede el capitalismo aún ganar tiempo?

Tal escenario no está lejos de lo evocado por Wolfgang Streeck, quien considera el capitalismo como un sistema destinado a suicidarse porque es incapaz de remediar sus contradicciones, en particular las que se destacan por el crecimiento exponencial de las desigualdades y la fricción con la democracia. Sin embargo, el resultado no sería el nacimiento de un nuevo orden centrado en la redistribución de recursos y atento a las dinámicas de participación, para las cuales faltan las idealidades y los sujetos capaces de obtenerlo a través del conflicto.⁵ El fin del capitalismo sería seguido por un período caracterizado por el declive y la vergüenza de la sociedad, agitado por disturbios espontáneos y formas de resistencia aisladas e incapaces de coordinarse.

4 Comunicación de Commissione sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita, Com/2020/123 fin. La suspensión está prevista, por medidas preventivas, por el Reglamento CE de 7 de julio de 1997 n.º 1466 para el fortalecimiento de la vigilancia de las posiciones presupuestarias, así como la vigilancia y coordinación de las políticas económicas, y para las medidas represivas del Reglamento de 7 de julio de 1997 n.º 1467 para la aceleración y aclaración de los métodos para implementar el procedimiento de déficit excesivo (ambos modificados por el llamado «Six-Pack»).

5 La reflexión sobre el populismo se centra, como se sabe, en este aspecto: para todos, Baldassari y Melegari (2012) y Formenti (2016).

Al principio, este escenario nos salvó, explica Streeck, porque se ha encontrado un equilibrio aceptable entre capitalismo y democracia y se ha logrado una redistribución tolerable de los recursos. Este fue el resultado del compromiso keynesiano alcanzado durante los llamados Treinta Gloriosos, es decir, entre el final de la Segunda Guerra Mundial y mediados de la década de 1970. Después de ese período, sin embargo, se reintrodujo la normalidad del capitalismo (Maddison, 1988), y esto nos obligó a evitar su fin a través de dispositivos diseñados para «ganar tiempo». Para compensar la disminución de la carga impositiva sobre los altos ingresos y sobre las empresas impuesta por la financiarización de la economía se ha utilizado el endeudamiento público y privado. Y cuando esto también se volvió insostenible, o más bien se hizo por la deferencia a la ortodoxia neoliberal, se decidió despolitizar el orden económico o supervisar la neutralización del conflicto redistributivo atribuyendo a los mercados la tarea de disciplinar a los Estados (Streeck, 2013).

Se sabe que este es el objetivo final de la Unión Europea, un verdadero dispositivo neoliberal concebido para supervisar la normalidad capitalista y, sobre todo, para obtener la expulsión de cualquier teoría o práctica incompatible con ese objetivo. Entonces, las reflexiones sobre el fin del capitalismo pueden repetirse como reflexiones sobre el fin de la Unión Europea: sobre su parábola como un dispositivo neoliberal. Bueno, la mera suspensión del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, y, por tanto, el deseo de reactivarlo lo antes posible, indica el claro deseo de retrasar el fin del capitalismo recurriendo a la misma receta utilizada para enfrentar la reciente crisis de deuda: invocando la regulación de los mercados para forzar el orden económico dentro de los marcos impuestos por la ortodoxia neoliberal. Sin embargo, el más popular entre los banqueros ha reconocido que nos enfrentamos a «una tragedia humana de proporciones bíblicas», capaz de generar «un costo económico enorme e inevitable». ⁶ Y esto requiere reconocer que las consecuencias de la emergencia del coronavirus harían insoponible la regulación del mercado de los Estados, lo que produciría un dramático conflicto social animado por una fuerte hostilidad hacia la construcción europea y, fácilmente, su rápida implosión.

Por supuesto, el capitalismo y la Unión Europea pueden tratar de ganar tiempo con una respuesta represiva, para lo cual ciertamente no habría escasez de herramientas, en parte ya en el terreno. También estamos en estado de emergencia, proclamado a fines de enero «como consecuencia del riesgo para la salud asociado con la aparición de enfermedades derivadas de agentes virales transmisibles». ⁷ Y para todos está claro cómo implicaba formas particularmente dominantes de control de la vida cotidiana, además de favorecer la decisión tecnocrática y, por lo tanto, preparar el terreno para una mayor despolitización de estar juntos como sociedad (Preterossi, 2020). Tanto como para inspirar la solicitud de un nuevo gobierno de los técnicos confiados a los más populares entre los banqueros: como si Monti en Palazzo Chigi no hubiera enseñado nada, y el coronavirus borró el recuerdo de un

⁶ Draghi: we face a war against coronavirus and must mobilise accordingly, cit.

⁷ Resolución del Consejo de Ministros de 31 de enero de 2020, adoptada de conformidad con el artículo 24 del Decreto Legislativo de 2 de enero de 2018 n.º 1 (Código de Protección Civil).

evento que hasta ayer había sido señalado por la mayoría como un período oscuro de la historia nacional.

1.3. La guerra contra el coronavirus y las consecuencias económicas de la paz

De muchas partes escuchamos que la lucha contra el coronavirus es una guerra, y que las medidas que se deben tomar para enfrentar la emergencia de salud primero, y luego la crisis económica, deben estar a la altura de una situación tan dramática. Por lo tanto, parece útil recordar un famoso volumen en el que John Maynard Keynes recolectó sus reflexiones como representante del Tesoro inglés en la Conferencia de Versalles: cuando los poderes victoriosos de la Primera Guerra Mundial impusieron un tratado de paz en Alemania con condiciones particularmente punitivas. Keynes se opuso firmemente a esta solución, llegando a renunciar a su cargo, porque estaba convencido de que la miseria económica a la que fueron condenados los alemanes los llevaría a provocar un segundo conflicto ruinoso: los autores del tratado de paz, escribió con impresionante previsión, «se ponen en riesgo de completar el ruinoso trabajo iniciado por Alemania» (Keynes, 1919, p. 17).

Si esto es así, deberíamos preocuparnos por las consecuencias económicas de la guerra contra el coronavirus, que con la mera suspensión del Pacto de Estabilidad conducirá a los países europeos a una miseria económica con implicaciones fácilmente previsibles. Para evitar la implosión de la construcción europea se necesitarían medidas muy diferentes de las implementadas o hipotetizadas hasta ahora, evidentemente inspiradas por la creencia de que la Unión Europea en su forma actual todavía puede ganar tiempo.

La medida más insidiosa es probablemente el uso del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MES), que según algunos podría proporcionar asistencia financiera incondicional, o sin imponer la adopción de reformas neoliberales como contrapartida. Sin embargo, esta posibilidad no está contemplada en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,⁸ que, como excepción al «principio de no rescate financiero» (artículo 125), determina el establecimiento de un «mecanismo de estabilidad que se activará donde sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la Unión Europea, Zona Euro», especificando sin embargo que la concesión de cualquier ayuda financiera necesaria «está sujeta a estrictas condiciones» (artículo 136). Todo esto se reafirmó en el Tratado por el que se establece el MES,⁹ donde se habla de «apoyo a la estabilidad» únicamente «sobre la base de condiciones estrictas», definidas en el resultado de una evaluación sobre la «sostenibilidad de la deuda pública» del país que solicita asistencia (artículo 13).

El Tratado por el que se establece el MES indica las diferentes formas de asistencia financiera, entre las cuales figuran las que se están discutiendo en estos días, a saber, la línea de crédito y la compra de títulos de deuda pública.

8 Modificado por la Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011 n.º 199, que revisa el artículo 136 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea con respecto a un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro.

9 Tratado por el que se establece el Mecanismo Europeo de Estabilidad de 2 de febrero de 2010. www.esm.europa.eu/sites/default/files/20150203_-_esm_treaty_-_it.pdf

La primera forma de asistencia se regula de manera diferente de acuerdo con la fortaleza financiera del país solicitante. La «línea de crédito condicional de precaución» está reservada para los Estados con «una situación económica y financiera fundamentalmente sana», es decir, no para Italia. Para este último, solo está disponible una «línea de crédito sujeta a condiciones fortalecidas», por lo tanto, un prisionero del mecanismo perverso de condicionalidades, además asegurado solo para el momento en que la «situación económica general» del país «sigue siendo saludable» (artículo 14). E incluso si fueran capaces de negociar condicionalidades poco exigentes, lo cual, sin embargo, es completamente poco realista, la posibilidad de su posterior ajuste no se excluye de ninguna manera. Con una modificación al Pacto de Estabilidad introducido con el denominado Paquete Dos, de hecho se estableció que el programa de ajuste macroeconómico en el que se articulan las condiciones del préstamo puede modificarse para tener en cuenta «cualquier diferencia significativa entre los pronósticos macroeconómicos y los datos reales».¹⁰

La segunda forma de asistencia financiera también está integrada en un régimen de condicionalidad. Incluye el «mecanismo de apoyo al mercado primario» (artículo 17) y el «mecanismo de apoyo al mercado secundario» (artículo 18), o la compra de títulos de deuda pública directamente del Estado emisor, en el primer caso, o por quienes los compraron del Estado emisor, principalmente bancos e instituciones de crédito, en el segundo caso.

La primera posibilidad es exclusiva del MES, la única institución europea a la que no se aplica la prohibición, impuesta en su lugar a los bancos centrales europeos y nacionales, de preparar cualquier «forma de línea de crédito» a favor de las instituciones u organismos de la Unión o Estados miembros, que evidentemente incluyen «la compra directa de títulos de deuda de ellos» (artículo 123 del Tratado de funcionamiento de la UE). Sin embargo, si el MES puede derogar este principio, como en el principio del rescate no financiero, es solo porque la asistencia financiera brindada está sujeta a una estricta condicionalidad: el Mecanismo puede operar como comprador de último recurso de títulos de deuda pública, pero puede que lo haga solo imponiendo la disciplina presupuestaria prevista en el Pacto de Estabilidad.

Aquellos que planean usar Transacciones Monetarias Absolutas (OMT), o la famosa bazuca Dragons, preparada en 2012 y hasta ahora nunca utilizada, no tienen en cuenta estos efectos. Brinda la posibilidad de que el BCE compre valores de deuda directamente y, por lo tanto, efectivamente permite a los Estados recibir el dinero que ahora se necesita para respaldar los sistemas de salud y aliviar las consecuencias de la crisis económica. Y, sin embargo, el OMT es financiado por el MES, y, por esta razón, establece que el Estado que obtiene el apoyo ha aceptado recibir asistencia financiera condicional¹¹: como sabemos, un remedio peor que el mal.

10 Artículo 7 del Reglamento de la UE de 21 de mayo de 2013 n.º 472 sobre el fortalecimiento de la vigilancia económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro que se encuentran o corren el riesgo de enfrentar serias dificultades con respecto a su estabilidad financiera.

11 Technical features of Outright Monetary Transactions (6 de septiembre de 2012). www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html

1.4. ¿Se pueden reescribir los tratados europeos?

Entonces, si se desea tener en cuenta las consecuencias económicas de la paz, una vez que se ha ganado la guerra contra el coronavirus, y en particular para evitar una nueva guerra o, al menos, nuevos conflictos incurables, hay otro camino por recorrer. Es decir, la Unión Europea debe transformarse en una comunidad política y estar dotada de las herramientas típicas de las comunidades políticas: en primer lugar, un mecanismo para redistribuir los recursos de territorios y personas ricas a territorios y personas pobres.

A corto plazo, esto significa permitir que Bruselas encuentre los inmensos recursos necesarios para ganar la guerra. Los Estados individuales no pueden hacerlo, al menos no aquellos cuyas finanzas están sufriendo: incluso si pueden gastar más allá de los límites, tendrían dificultades para obtener préstamos si no a tasas desfavorables y exponerse al riesgo de sufrir maniobras especulativas. El Banco Central Europeo (BCE) debe pensar, sin embargo, más allá de los límites de la flexibilización cuantitativa que acaba de lanzarse, el Programa de Compra de Emergencia Pandémica (PEPP) (Lagarde, 19 de marzo de 2020) que se refiere a la compra de valores en el mercado secundario, principalmente por parte de bancos e instituciones de crédito: ciertamente con efectos positivos en las finanzas, pero igualmente ciertamente no también en la economía real. En otras palabras, el BCE debe ser capaz de actuar como comprador de último recurso de títulos de deuda emitidos por los países miembros y, por supuesto, los tratados deben modificarse para rechazar los principios de no rescate financiero y la prohibición de comprar títulos de deuda soberana en el mercado primario.

Si, una vez que se gana la guerra, también se desea ganar la paz, entonces hay muchos otros y numerosos cambios en los tratados que son esenciales para garantizar el flujo de recursos necesarios para enfrentar la recesión, y río arriba para transformar a Europa en una comunidad política.

En primer lugar, la política monetaria europea debe reorientarse, evitando que se defina teniendo en cuenta el único objetivo de «mantener la estabilidad de precios» (artículo 119 del Tratado de Funcionamiento de la UE), con el fin de mejorar y, de hecho, preceder a otros objetivos: en primer lugar, ocupación plena. Y esto último debería poder valorarse en las políticas económicas y presupuestarias de los Estados, que son formalmente de su competencia y que, sin embargo, están coordinadas para guiarlos hacia los «principios de una economía de mercado abierta con libre competencia» (artículo 120 del Tratado sobre el Funcionamiento de la UE): los principios regidos por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, obsesionados únicamente con el control del gasto público.

Todo esto debería traducirse en políticas directamente financiadas por el nivel europeo a través de su propio presupuesto, obviamente a partir de la capacidad adecuada para llevar a cabo formas de redistribución incisiva de recursos y para financiar vastos programas de inversión pública. Con este fin, sin embargo, la resistencia crónica, reafirmada también recientemente, debe superarse cuando se rechaza la idea de un presupuesto europeo digno de ese nombre y se quiere afirmar el principio de condicionalidades para cualquier transferencia de dinero a los Estados

miembros, incluidos los concebidos inicialmente con fines redistributivos como los fondos estructurales (Somma, 2018).

Los programas de inversión pública podrían ser financiados alternativamente por el BCE, por ejemplo mediante la compra de títulos de deuda europeos emitidos por una agencia europea, cuyo producto podría destinarse a los países miembros (Realfonzo, 2019). Si, en cambio, recurrieran a los coronabonds propuestos por el gobierno italiano, su problema generaría deuda para los Estados miembros y, por lo tanto, alimentaría la trampa destinada, tarde o temprano, a la asistencia financiera condicional.

Podríamos seguir y seguir enumerando las condiciones para que Europa realmente evite que los sobrevivientes de coronavirus sean víctimas de la virulencia de la ortodoxia neoliberal. Sin embargo, las pocas indicaciones proporcionadas son suficientes para documentar cuán poco realista es pensar que las reformas de este tipo pertenecen al horizonte de la política europea. Más aún ya que esto requiere, además de tiempos extremadamente largos y, en cualquier caso, incompatibles con la naturaleza dramática de los eventos, de la unanimidad de los países miembros.

En resumen, en el papel, la emergencia del coronavirus podría ser una oportunidad para revertir el curso de las políticas europeas y, en general, para reconciliar el capitalismo y la democracia y refutar las sombrías predicciones de Streeck. Sin embargo, todavía hay numerosos países poderosos que consideran que la emergencia es una oportunidad para otros tipos de operaciones:¹² obligar a Italia y a los países del sur a la soga de la asistencia financiera condicional, a ser más estrictos para llevarlos finalmente a la notoria disciplina presupuestaria. Dar al capitalismo y a sus custodios la ilusión de que es posible ganar un poco más de tiempo de esta manera.

En estas condiciones, abandonar la construcción europea o, más probablemente, su implosión, ciertamente no constituye eventos improbables. Al negarse a tomarlos en serio y discutirlos, el único resultado sería dejar su gestión a la derecha, cuyo deseo de combatir la normalidad capitalista es, sin embargo, «una opción meramente teórica» (Galli, 2019, p. 139). De hecho, las derechas se convertirían en una defensa formidable de esa normalidad, ya que su referencia a valores excluyentes y premodernos cumple la única función de apoyar la modernidad neoliberal: permitir que el capitalismo gane más tiempo, con o sin Unión Europea.

2. Cómo la emergencia sanitaria consolida las relaciones de poder entre los países europeos

2.1. Relación de la deuda y gobernanza europea

Si, desde un punto de vista formal, la relación de intercambio es una relación entre iguales, no se puede decir lo mismo de la relación de la deuda. Esta siempre es una relación entre desiguales: entre un acreedor hegemónico y un deudor subordinado,

¹² Esto se puede encontrar en la Declaración conjunta de los miembros del Consejo Europeo (26 de marzo de 2020). www.consilium.europa.eu/media/43089/26-vc-euco-statement-it.pdf

el primero interesado en prolongar el estado de sujeción a lo largo del tiempo para garantizar un flujo regular de dinero, pero también y, sobre todo, por mantener el control sobre el segundo durante mucho tiempo. Esto se aplica a las personas, pero no solo a ellas: incluso las comunidades políticas, y obviamente los Estados, utilizan la deuda para ejercer el poder. Y también en este caso la relación de la deuda constituye un dispositivo para gobernar la producción y reproducción de la subjetividad (Lazzarato, 2012), tanto las individuales como las colectivas.

La Unión Europea ha elevado el índice de endeudamiento como paradigma de las relaciones entre los Estados miembros. Lo hizo al impulsar políticas monetarias y presupuestarias ingeniosamente diseñadas para reservar el estado de los acreedores a algunos países y encarcelar a otros en el papel de los deudores. Por supuesto, todos los Estados están en deuda, en tanto la deuda soberana se ha establecido como un recurso a través del cual el capitalismo ha ganado tiempo: ha permitido financiar el bienestar y posponer su crisis como un orden en constante fricción con la democracia (Streeck, 2013 y 2016). Sin embargo, no todos están en deuda de la misma manera: algunos países son capaces de controlar la producción de disciplina monetaria y presupuestaria y de utilizarla para hacer que la condición de inferioridad de otros países sea crónica e irreversible (Somma, 2017).

La estabilidad de este esquema depende de la capacidad de los países acreedores para utilizar un mecanismo idéntico al usado para ejercer control sobre las personas en detrimento de los países deudores. Los sistemas de asistencia social destruidos por las políticas monetarias y presupuestarias europeas brindan a estos últimos asistencia financiera dentro de la línea de pobreza para evitar que abandonen esa condición.¹³ Y lo mismo ocurre con los Estados que tienen la intención de reducirse a la condición de cuerpos políticos subordinados: se les debe permitir un presupuesto insuficiente para sacarlos de su condición de indigentes.

Los períodos de crisis son los momentos más adecuados para consolidar dicha estructura, ya que conllevan pérdidas cuyos efectos se sienten con intensidad inversamente proporcional a la solidez de las finanzas públicas. Esto es lo que sucedió con la crisis de la deuda soberana, utilizada para legitimar formas de asistencia financiera a los Estados europeos condicionados por la implementación de reformas neoliberales: un recurso con el cual los países deudores fueron condenados a niveles particularmente bajos de crecimiento y, sobre todo, a no emanciparse de su condición de inferioridad.

Ahora se propone el mismo escenario como consecuencia de la emergencia de salud relacionada con la pandemia del coronavirus. La crisis económica resultante será devastadora y requerirá el uso de enormes recursos públicos: aquellos que solo un banco central puede crear mediante la monetización de la deuda (Stirati, 2020; Realfonzo, 2020). Esta solución se ha adoptado en países que ciertamente no son hostiles a la ortodoxia neoliberal, como el Reino Unido y los Estados Unidos (Fasina, 2020). Sin embargo, está excluido por los tratados europeos, que persiguen el

¹³ Como se alega para el sistema de asistencia laboral alemán: Die im Schatten sieht man nicht, en Strassenfeger - Sonderausgabe Oktober 2012. www.hinzundkuntz.de/wp-content/uploads/2012/10/SchattenberichtSonderausgabeklein.pdf

objetivo de imponer a los Estados que aborden los mercados, a los que se les asigna la tarea de regular su comportamiento. A menos que acepten asistencia financiera condicional, que, como hemos dicho, constituye un remedio peor que un daño, o, alternativamente, asistencia a tasas subsidiadas, pero que sigue siendo una fuente de deuda adicional.

Este patrón surge claramente de las medidas hipotetizadas hasta ahora para abordar la emergencia sanitaria y la crisis económica relacionada, que se resumen en el documento final de la última reunión del Eurogrupo.¹⁴ Se ha dicho que estas medidas permiten movilizar cientos de miles de millones de euros a disposición de los Estados, los trabajadores y las empresas, para así poder enfrentar eficazmente las consecuencias de la emergencia sanitaria. Sin embargo, una realidad muy diferente se oculta bajo la cortina de humo de estas proclamas: se describe la voluntad de utilizar la emergencia de salud para alimentar la relación de la deuda como paradigma de las relaciones entre los Estados. Consolidar aún más las actuales estructuras de poder dentro de la construcción europea.

2.2. El Mecanismo Europeo de Estabilidad (MES)

El MES es la principal herramienta utilizada por la construcción europea para impulsar las relaciones entre los Estados modelados sobre la relación de la deuda, con el fin de representar su emblema. Está previsto por una disposición del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea insertada en medio de la crisis de la deuda soberana para encontrar una excepción al principio de no rescate financiero, para el cual «la Unión no responde ni asume los compromisos asumidos por las administraciones estatales por organismos públicos regionales, locales u otros, por otros organismos de derecho público o por empresas públicas de cualquier Estado miembro» (artículo 125).¹⁵ No obstante este principio, se establece que el Mecanismo puede proporcionar asistencia financiera, sin embargo, solo si está sujeto a una «condicionalidad rigurosa» (artículo 136). En concreto: los Estados miembros cuya moneda es el euro pueden establecer un mecanismo de estabilidad que se active cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona euro en su conjunto. La concesión de cualquier asistencia financiera necesaria en virtud del mecanismo estará sujeta a estrictas condiciones.

De este modo, surge un primer obstáculo para lo que supuso la última reunión del Eurogrupo, a saber, que el MES puede activarse con condiciones mínimas: un «compromiso de utilizar esta línea de crédito para apoyar el financiamiento nacional de costos directos e indirectos para la salud, tratamientos y prevención». Además, la idea de condicionalidades mínimas también está en conflicto con el Tratado por el que se

14 Report on the comprehensive economic policy response to the Covid-19 pandemic (9 aprile 2020). www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/04/09/report-on-the-comprehensive-economic-policy-response-to-the-covid-19-pandemic

15 Véase la Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011 n.º 199, que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea con respecto a un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro.

establece el MES,¹⁶ que habla de «apoyo a la estabilidad» únicamente «sobre la base de condiciones estrictas», definidas además en el resultado de una evaluación sobre la «sostenibilidad de la deuda pública» del país que solicita asistencia (artículo 13).

Evidentemente, esto también se aplica a la forma específica de asistencia financiera elegida por el Eurogrupo para hacer frente a la emergencia sanitaria. El MES debería intervenir con lo que su tratado fundacional define como «asistencia financiera preventiva», para lo cual se prevén dos formas: una «línea de crédito condicional precautoria» y una «línea de crédito sujeta a condiciones reforzadas» (artículo 14). La primera forma está prevista para países que presentan «una situación económica y financiera fundamentalmente saludable», en particular desde el punto de vista de los límites del déficit y la deuda previstos por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. La segunda forma es para los países que no respetan estos parámetros y, sin embargo, se encuentran en una «situación económica general», pero «saludable».¹⁷

Si el Eurogrupo realmente no tenía la intención de recurrir al MES en una función punitiva, al menos podría prever el uso de la línea de crédito condicional de precaución. En cambio, tenía la intención de utilizar la línea de crédito mejorada y, sobre todo, especificó que la derogación del régimen de condicionalidad termina con la conclusión de la «crisis de Covid-19». Posteriormente, los Estados volverán a «comprometerse a fortalecer sus fundamentos económicos y financieros en línea con el marco europeo de coordinación y vigilancia económica y fiscal». La fórmula es vaga y deja espacio para la posibilidad de que la asistencia brindada con la única condición de usarla para la salud, la atención y la prevención, pronto se cargue con más restricciones. Lo que también estaría en línea con lo declarado por el presidente del Eurogrupo, quien al comentar sobre el resultado de la última reunión quiso aclarar que los países asistidos por el MES «siguen sujetos al marco de coordinación y vigilancia económica y fiscal europea».¹⁸

E incluso si este no fuera el caso, cualquier Estado de la Unión podría recurrir al Tribunal de Justicia de la UE para solicitar la anulación de los actos europeos contrarios a los Tratados (artículo 263 TFUE), específicamente los actos que autorizan asistencia financiera no sujeta a estrictas condiciones. Todo esto mientras la Corte ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre estos aspectos, especificando que la condicionalidad debe ser rigurosa para legitimar la excepción del principio de rescate no financiero: «La condicionalidad prevista no constituye un instrumento para coordinar las políticas económicas de los Estados miembros, sino que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de las actividades del MES, en particular con el artículo 125 del TFUE y con las medidas de coordinación adoptadas por la Unión».¹⁹

16 Tratado por el que se establece el Mecanismo Europeo de Estabilidad de 2 de febrero de 2010. www.esm.europa.eu/sites/default/files/20150203_-_esm_treaty_-_it.pdf

17 Guideline on Precautionary Financial Assistance del 9 ottobre 2012. www.esm.europa.eu/sites/default/files/esm_guideline_on_precautionary_financial_assistance.pdf

18 Remarks by Mário Centeno following the Eurogroup videoconference of 9 April 2020. <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/04/09/remarks-by-mario-centeno-following-the-eurogroup-videoconference-of-9-april-2020>

19 Sentencia de 27 de noviembre de 2012, Thomas Pringle contra Gobierno de Irlanda y otros, Caso C - 370/12, n.º 69 y 111.

Si, a pesar de todo, fuera realmente posible encontrar condicionalidades poco exigentes, la posibilidad de su posterior ajuste no se excluiría en absoluto. El programa de ajuste macroeconómico en el que se organizan las condiciones de asistencia, que no se extiende sorprendentemente a lo largo del tiempo, puede modificarse para tener en cuenta «cualquier desviación significativa entre las previsiones macroeconómicas y los datos reales» (Dani & Menéndez, 2020). En concreto:

La Comisión, de acuerdo con el BCE y, en su caso, con el FMI, examinará, junto con el Estado miembro en cuestión, los cambios y actualizaciones que se realicen en el programa de ajuste macroeconómico, a fin de tener debidamente en cuenta, entre otro, cualquier desviación significativa entre las previsiones macroeconómicas y los datos reales, también a la luz de las posibles repercusiones derivadas del programa de ajuste macroeconómico, las repercusiones negativas y los shocks macroeconómicos y financieros. El Consejo, actuando por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión, decide las enmiendas a este programa.²⁰

Pero eso no es todo. Lo que hemos indicado como condiciones mínimas, o el compromiso de utilizar la asistencia para la salud, la atención y la prevención son, en retrospectiva, meros «requisitos para acceder a la línea de crédito». Esto se afirma en el documento del Eurogrupo, que luego habla de «condiciones estandarizadas previamente acordadas por los órganos rectores de la MES», lo que sugiere que la única restricción en el destino de los fondos obtenidos no agota el espectro de los compromisos del país al que están destinados. En otras palabras, todavía hay espacio para un programa de ajuste macroeconómico real, que, además, sería coherente con los Tratados europeos.

Por lo tanto, tenemos compromisos genéricos para preparar una línea de crédito con condiciones formalmente ligeras, si no a cero, que, sin embargo, no se reflejan efectivamente en la legislación europea, de la que de hecho surgen numerosas retenciones posibles para obtener un resultado muy diferente. En resumen, puede ocurrir que desde el principio las condiciones de la asistencia financiera sean exigentes, o que esto pueda surgir más tarde. Todos dejaron las relaciones de fuerzas, cambiantes pero normalmente no favorables para los países deudores, que inevitablemente influirán en la interpretación de textos tan ambiguos. Con el debido respeto a los optimistas incurables, incluso convencidos de que los fondos obtenidos a través del MES, que pueden usarse para apoyar también los costos indirectos relacionados con la salud, el tratamiento y la prevención, también pueden usarse para enfrentar la crisis económica causada por el *lockdown* (Le Maire, 2020).

El Eurogrupo ha especificado que los fondos desembolsados por el MES en general no pueden exceder el 2 % del PIB del país receptor, calculado a fines de 2019. Para Italia significa un poco menos de 36 mil millones: ¿vale la pena asumir los riesgos destacados para una posible ventaja inicial, seguramente cancelada y ampliamente superada por las numerosas restricciones listas para manifestarse en

20 Artículo 7, párrafo 5, Reglamento de la UE 21 de mayo de 2013, n.º 472, sobre el fortalecimiento de la vigilancia económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona euro que se encuentran o corren el riesgo de enfrentar serias dificultades con respecto a su estabilidad financiera.

poco tiempo? Tiene sentido activar una forma de soporte que seguramente se interpretará como la admisión de que los intereses pagados al MES son claramente más bajos que los pagados a los compradores de títulos de deuda: ¿la admisión de que hay problemas importantes para financiar en el mercado, antesala de una explosión de la propagación?

2.3. El Fondo Europeo de Apoyo Temporal para mitigar los riesgos de desempleo (SURE)

El paquete de medidas previsto por el Eurogrupo también incluye un fondo para apoyar el riesgo de desempleo para el cual se ha elegido un acrónimo atractivo: SURE (seguro). Lo que se ha dicho sobre este fondo es un resumen de lo que contiene una propuesta de reglamento que acaba de preparar la Comisión.²¹ Además, solo existe el compromiso, muy poco en línea con el deseo de simular un clima de solidaridad europea, para garantizar que cualquier consentimiento para el establecimiento del fondo no «perjudique la posición sobre futuras propuestas sobre seguros contra el desempleo».

Consideremos, por lo tanto, la regulación propuesta para verificar en detalle qué es y, sobre todo, los problemas que plantea.

El primer problema se refiere a la base legal de SURE. De hecho, se creó de conformidad con la misma disposición utilizada para la asistencia financiera proporcionada por el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) a los países afectados por la crisis de la deuda antes del establecimiento del MES: Grecia, Irlanda, Portugal y España. La disposición es el artículo 122 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, su apartado 2: «Si un Estado miembro se encuentra en dificultades o se ve seriamente amenazado por serias dificultades debido a desastres naturales o circunstancias excepcionales fuera de su control, el Consejo, a propuesta de la Comisión, puede otorgar asistencia financiera de la Unión bajo ciertas condiciones, al Estado miembro en cuestión».

Como se puede ver, la disposición está claramente diseñada para intervenciones destinadas a abordar crisis asimétricas. Por esta razón, surge la referencia a las condicionalidades, indispensable para justificar la derogación del principio de no rescate financiero, que el debate actual muestra claramente que no se ha justificado en el caso de una crisis simétrica. Sin embargo, este no parece ser el punto de vista de la propuesta de reglamento, que se centra de manera meticulosa en lo que el Estado que solicita la asistencia de SURE debe proporcionar a la Comisión: la «evidencia apropiada» de que ha tenido un «aumento repentino y gasto público severo», y de que esto está «directamente relacionado con esquemas de reducción del tiempo de trabajo o medidas similares» impuestas por la emergencia sanitaria (artículo 6).

21 Propuesta de reglamento por el que se establece un instrumento europeo de apoyo temporal para mitigar los riesgos de desempleo en una emergencia (Seguro) tras la pandemia Covid-19 del 2 de abril de 2020, Com / 2020/139 fin.

Obsérvense también las referencias a la reglamentación que rige la asistencia financiera a los Estados,²² en particular la prevista, como en el caso de SURE, mediante préstamos (artículo 4). Allí se especifica que estos se pagan «en condiciones predefinidas», pero este no es el problema: las condiciones establecidas por la regulación fundacional de SURE son el único «aumento repentino y severo» del gasto público para enfrentar el desempleo (artículo 3). Más complejo es el contenido del acuerdo que, según este reglamento, el Estado asistido debe concluir con la Comisión. Esto debe contener disposiciones que lo coloquen en la condición de vigilancia especial, dirigido a prevenir el abuso y preservar los intereses financieros de la Unión (artículo 220, párrafo 5):

La Comisión firma un acuerdo con el país beneficiario que contiene disposiciones que: (a) aseguran que el país beneficiario verifique regularmente que los préstamos desembolsados se hayan utilizado correctamente de acuerdo con las condiciones predefinidas [...] (b) garanticen la protección de los intereses financieros de la Unión [...] (d) garanticen que la Unión tiene derecho al reembolso anticipado del préstamo si se determina que, en relación con la gestión de la asistencia financiera, el país beneficiario ha estado involucrado en fraude o corrupción [...] (e) garanticen que todos los costos incurridos por la Unión en relación con la asistencia financiera son sufragados por el país beneficiario.

En resumen, estamos equipados con una herramienta completamente inadecuada para hacer frente a las crisis que afectan a la Unión en su conjunto. Y eso, sobre todo, mira a los países que solicitan asistencia con la actitud conocida de las hormigas que sospechan de cualquier solicitud de solidaridad presentada por las cigarras. Sobre todo, SURE emite préstamos y, por lo tanto, aumenta la deuda del país solicitante, alimentando así el esquema en el que se basan las relaciones entre los países europeos. Todo esto brinda ventajas realmente limitadas y, en consecuencia, denuncia el verdadero propósito de la medida en su esencia como herramienta de gobernanza.

Obtenemos una primera confirmación de los métodos elegidos para establecer el fondo, que en primer lugar tiene una dotación muy diferente de la que se promociona para generar consenso en torno a su creación. Los 100 mil millones de los que estamos hablando no son, de hecho, su dotación ordinaria, sino la cifra que esto no puede exceder de ninguna manera (artículo 5), y que, además, difícilmente alcanzará. De hecho, para garantizar que su negocio no «produzca cambios en los plazos que expongan a la Unión a tasas de interés u otros riesgos comerciales, SURE opera tomando prestados los fondos necesarios en los mercados de capitales o en las instituciones financieras».²³ El reglamento propuesto especifica que los países europeos están llamados a garantizar este préstamo proporcionando «garantías irrevocables, incondicionales y bajo demanda» (artículo 11) equivalentes al 25 % del monto de esos préstamos «en línea con su participación en el total de ingresos

22 Reglamento de 18 de julio de 2018, n.º 1046, que establece las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión.

23 Considerando n.º 158 del Reglamento de 18 de julio de 2018, n.º 1046, cit.

brutos de accionistas de la Unión».²⁴ Y debe tenerse en cuenta que la provisión de garantías no es una obligación, sino una opción para los Estados, que por lo tanto no puede activarse y causar una reducción significativa en la capacidad del fondo en comparación con los 100 mil millones.

Pero eso no es todo. El reglamento propuesto establece que dentro de un año el SURE puede desembolsar cifras generales dentro del 10 % de esos 100 mil millones (artículo 9). La aclaración es extraña para un fondo que no aspira a durar 10 años: tal vez se deriva del reconocimiento implícito de que nunca alcanzará esa cifra y de que incluso si no gasta más de 10 mil millones al año, el fondo se agotará rápidamente. El punto, sin embargo, es otro: se ha calculado que un país como Italia, neto de las cifras comprometidas como garantía irrevocable, recibiría no más de «unos pocos cientos de millones en préstamos para ahorrar unos pocos millones en gastos de intereses» (Fassina, 2020).

Finalmente, SURE adopta el principio de adicionalidad, establecido en términos generales para los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos a partir de finales de los años 1990: los créditos deben agregarse y no «reemplazar el gasto estructural público o similar del Estado miembro».²⁵ En otras palabras, como lo reafirma el reglamento propuesto, la asistencia financiera europea a los desempleados no puede reemplazar completamente a la del país receptor: es simplemente de naturaleza «complementaria» (artículo 2).

En resumen, la ayuda europea es absolutamente desproporcionada en relación con los costos necesarios para enfrentar el desempleo causado por la emergencia sanitaria. Es entonces un préstamo y, por lo tanto, agrava la condición de deudor de un país condenado a una condición de inferioridad en detrimento del solicitante. Y probablemente sea un espejo para las alondras, solo bueno para digerir las otras medidas mucho más insidiosas que el paquete proporcionado por el Eurogrupo, comenzando con la intervención del MES.

2.4. El Fondo de Reconstrucción (Fondo Recovery) y otras fantasías

Entre las propuestas contempladas por el Eurogrupo también se incluye el establecimiento de un Fondo para la Reconstrucción, cuyo objetivo es financiar a través del presupuesto europeo. Sin embargo, esto tiene una consistencia notoriamente mínima, como se puede obtener considerando el marco financiero plurianual actual para los años 2014 a 2020. Incluye gravámenes agrícolas, derechos de aduana y una tasa de ingreso nacional entre los recursos propios de la Unión bruto de los Estados miembros.²⁶ Si consideramos que la tasa proporciona las tres cuartas partes de los ingresos, y que en general no puede exceder el 1,23 % del ingreso nacional bruto de los Estados miembros, podemos entender la insuficiencia absoluta del presupuesto para financiar el Fondo de Reconstrucción.

²⁴ Informe adjunto a la Propuesta del 2 de abril de 2020, cit.

²⁵ Artículo 11 del Reglamento de 21 de junio de 1999, n.º 1260, que contiene disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales.

²⁶ Decisión del Consejo, de 26 de mayo de 2014, sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea, 2014/335 / UE.

El Eurogrupo plantea la hipótesis de que el próximo marco financiero plurianual, el de los años 2021 a 2027, puede «asumir un papel central en la reconstrucción». Sin embargo, las negociaciones llevadas a cabo hasta el momento muestran la voluntad de algunos Estados de disminuir la cantidad de recursos utilizados, y la emergencia de salud difícilmente podrá moverlos a cambiar radicalmente su posición: lo que hemos presenciado hasta ahora no puede considerarse como una indicación de un nuevo descubrimiento. Empatía y solidaridad.

Todo esto, mientras que un grupo de alto nivel encargado por las instituciones europeas para reformar el sistema de recursos propios ha presentado recientemente propuestas completamente inadecuadas, en línea con el perfil de su presidente: Mario Monti. El informe final sugiere la creación de algunos impuestos europeos, que sin embargo no están seguros de la entidad adecuada para enfrentar las consecuencias de la emergencia sanitaria. Sobre todo, el Grupo de alto nivel subrayó la oportunidad de preservar el principio del balance sancionado por los tratados europeos (artículo 310 TFUE), y en particular lo que se considera su corolario: el cierre claro en comparación con la posibilidad de recurrir a la emisión de títulos de deuda supranacionales.²⁷

Obviamente, el tema es controvertido, como también se puede ver en un estudio realizado por el Parlamento Europeo,²⁸ pero este no es el punto. Se conoce la oposición absoluta de los países acreedores a la mutualización de la deuda en general y a lo que se lograría mediante la emisión de títulos de deuda por instituciones europeas o incluso por los Estados miembros conjuntamente. Por esta razón, la declaración del Eurogrupo evita cuidadosamente mencionar los eurobonos, limitándose a recordar la posibilidad de que el Fondo de Reconstrucción se financie a través de «instrumentos financieros innovadores»: una forma como cualquier otra para dejarlo caer.

Todo esto mientras que los eurobonos también pueden ser una fuente de deuda y de desembolsos para los países europeos. Esto no ocurre si el Banco Central Europeo los compra directamente, lo que estaría listo para monetizar la deuda. Si este no es el caso, entonces es necesario recurrir al mercado, primero construyendo un activo de garantía y luego obteniendo financiamiento que tarde o temprano tendrá que pagarse. Por lo tanto, permanecemos en la trampa de la deuda, con la posibilidad de obtener fondos de intereses más favorables que los otorgados a un país endeudado, pero la sustancia, sin embargo, no cambia.

En estas condiciones, si el Fondo se alimentará del presupuesto europeo, probablemente no quede más que financiamiento directo de los países europeos. El Eurogrupo sugiere que esto podría poner en marcha un mecanismo redistributivo, ya que el Fondo debería «garantizar la solidaridad europea para los Estados miembros más afectados». Nuevamente: los acontecimientos de los últimos tiempos no sugie-

27 Cfr. Future Financing of the Eu. Final Report and Recommendations of the High Level Group on own Resources (diciembre 2016). http://ec.europa.eu/budget/mff/hlgor/library/reports-communication/hlgor-report_20170104.pdf

28 Directorate general for internal policies – Policy Department A: Economic and scientific policies, Eurobonds: Concepts and Implications. Compilation of Notes for the Monetary Dialogue of March 2011, www.europarl.europa.eu/cmsdata/174362/20120130ATT36516EN.pdf

ren que estamos viviendo tiempos de solidaridad europea. Independientemente de lo que diga el presidente de la Comisión Europea en sus discursos llenos de retórica empalagosa sobre la Unión que «ahora está contigo», o «música desde los balcones» que «ha llenado las calles desiertas y los corazones de millones de personas».²⁹

Todo esto mientras se multiplican las voces de quienes pretenden combinar el aumento del presupuesto europeo con el uso del instrumento de condicionalidades. Esto se dijo sobre la propuesta de «incorporar alguna forma de función de estabilización en el próximo presupuesto de la UE», inicialmente avanzado en el llamado Informe de los cinco Presidentes. Allí existe la oportunidad de establecer un fondo para «la estabilización macroeconómica para reaccionar mejor a los choques que no pueden ser manejados a un mero nivel nacional», que sin embargo no deben «comprometer los incentivos para llevar a cabo una política fiscal sólida a nivel nacional» pero para promover el «cumplimiento del marco general de gobernanza de la UE».³⁰ Un concepto reiterado con motivo del reciente debate sobre la profundización de la Unión Económica y Monetaria:

Una función de estabilización común podría aportar muchos beneficios a la zona del euro. Complementaría los estabilizadores fiscales nacionales en caso de choques asimétricos severos y facilitaría la aplicación de políticas fiscales agregadas para la zona euro en circunstancias inusuales en las que la política monetaria revela sus límites [...] El acceso a la función de estabilización debe estar estrictamente subordinado al cumplimiento de criterios claros y la implementación continua de políticas sólidas, en particular aquellas que favorecen una mayor convergencia en la zona del euro.³¹

En resumen, en el mejor de los casos, recurrir al presupuesto europeo significa prefigurar un juego redondo. Si fuera pequeño, no sería dañino, pero tampoco resolvería problemas. Si, por otro lado, fuera sustancial, significaría, una vez más, recurrir a la deuda, fortaleciendo así la gobernanza europea como fuente y salvaguarda de las relaciones moldeadas por la lógica de la relación de la deuda. Todo esto se amplifica enormemente si el uso del presupuesto europeo se combina con la provisión de condicionalidades.

2.5. Solo un plan B nos salvará

En este punto, podemos concluir la visión general de las herramientas hasta ahora hipotetizadas para enfrentar la crisis económica causada por la emergencia de salud, para reiterar cómo parecen diseñadas específicamente para consolidar las actuales relaciones de poder entre los países europeos. Y cómo se logra tal resultado al

29 Ursula von der Leyen, Scusateci ora la Ue è con voi (1 aprile 2020). https://rep.repubblica.it/pwa/commento/2020/04/01/news/europa_ursula_von_der_leyen_bruxelles_scusateci_ora_la_ue_e_con_voi-252912437

30 Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa (22 giugno 2015), https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/5-presidents-report_it.pdf

31 Documento sobre la profundización de la Unión Económica y Monetaria de 31 de mayo de 2017, Com / 2017/291 fin.

aprovechar el objetivo final de esos instrumentos: empujar a los países deudores a la espiral de la deuda para obligarlos a arrojarse al pozo de la asistencia financiera condicional. Y no tendremos que esperar mucho para lidiar con este escenario: el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, actualmente solo suspendido,³² volverá a representar el núcleo fundador de la gobernanza europea. En ese momento, un país como Italia se encontrará con un déficit y una deuda que ha explotado más allá de todos los límites, también debido a la extrema contracción del PIB, tanto que ya no podrá financiarse en el mercado.

Todo esto solo se puede evitar monetizando la deuda, recurriendo a políticas presupuestarias con una dimensión europea o mutualizando la deuda (Fassina, 15 de marzo de 2020). En ausencia de todo esto, será difícil evitar el *default* (Varoufakis, 11 de abril de 2020), que en este punto parece ser un resultado deseado, sobre todo no solo de los países nórdicos: incluso en Italia algunos invocan el vínculo externo como la única solución a los males italianos, o más simplemente a la resistencia opuesta al imperio de la ortodoxia neoliberal (Carli, 1996).

Se podría haber pensado que el Parlamento Europeo ofreció al menos un banco para iniciar un debate destinado a arañar la rigidez de las posiciones de los países acreedores, pero esto ocurrió solo en pequeña medida. También en este caso, las formas de asistencia financiera que condujeron a un aumento de la deuda de los Estados individuales fueron admitidas sin dudarlos; como máximo se beneficiaron de la posibilidad de recibir crédito a intereses más bajos que los que les otorgan los mercados. Si bien en el animado debate realizado en el aula no fue posible aprobar una posición favorable para los eurobonos, rechazados porque producirían una mutualización de la deuda.

En su lugar, los «bonos para el apoyo de la recuperación», los llamados bonos de recuperación, que se propone garantizar con el presupuesto europeo, han sido aprobados, pero solo para mutualizar la deuda futura: lo que surgirá una vez que se lance el instrumento. Y lo mismo se aplica al uso del marco financiero plurianual, enriquecido por un uso más masivo de los recursos propios: «El Parlamento Europeo [...] cree que las inversiones necesarias podrían financiarse a través de un MFP ampliado, fondos e instrumentos financieros existentes de la UE y obligaciones para apoyar la recuperación garantizada por el presupuesto de la UE; considera que dicho paquete no debería implicar la mutualización de la deuda existente y debería orientarse hacia inversiones futuras».³³

Está claro que estamos tratando aquí con un truco. Si el presupuesto europeo se limita a garantizar los bonos de recuperación, su emisión también podría ser asumida por los Estados, con ventajas en la acumulación de la deuda vinculada únicamente a la contención de las tasas de interés. Sobre todo, los países acreedores llevarán a cabo negociaciones exhaustivas para el lanzamiento de los bonos de recuperación y el marco financiero plurianual, que presumiblemente se llevará a cabo fuera del

32 Comunicación de la Comisión sobre la activación de la cláusula de salvaguardia general del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 20 de marzo de 2020, Com / 2020/123 fin.

33 Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2020, sobre la acción coordinada de la UE para luchar contra la pandemia de Covid-19 y sus consecuencias, P9_TA-PROV (2020) 0054, n.º 19.

tiempo máximo: cuando los países deudores han incurrido en enormes gastos a través de una deuda igualmente enorme. Al poner en peligro su capacidad de financiarse en los mercados o, peor aún, al exigirles que busquen asistencia financiera del MES, esta vez con severas condiciones. Además, al Parlamento Europeo le gusta el MES, si es cierto que no tiene reparos en sugerir su uso para enfrentar «las consecuencias inmediatas de Covid-19». Con la circunstancia agravante de que ni siquiera se mencionan las condicionalidades aligeradas, mientras que los términos ambiguos se refieren a las «condiciones de reembolso relacionadas con la recuperación de las economías». En concreto:

El Parlamento Europeo [...] invita a los Estados miembros de la zona del euro a activar los 410 000 millones de euros del Mecanismo Europeo de Estabilidad con una línea de crédito específica [...] destaca que, como medida a corto plazo, el Mecanismo Europeo de Estabilidad debería ampliar inmediatamente las líneas del crédito preventivo a los países que solicitan acceso para satisfacer las necesidades de financiamiento a corto plazo para abordar las consecuencias inmediatas de Covid-19, con vencimientos a largo plazo, tasas competitivas y condiciones de reembolso relacionadas con la recuperación de las economías de los Estados miembros.³⁴

Las conclusiones del último Consejo Europeo, contenidas en una declaración de su presidente, no son diferentes, y ni siquiera en un documento oficial del organismo, lo que demuestra la distancia sideral que divide a los líderes europeos precisamente sobre el tipo de asistencia financiera que se proporcionará a los países necesitados. El comunicado de prensa confirma los compromisos asumidos con respecto al desempleo y los gastos de atención médica, y por lo tanto el uso de SURE y MES en los términos que acabamos de ver. Sin embargo, en el fondo de recuperación, todo y nada se dice: la Comisión formulará «una propuesta para el desafío que enfrentamos» y «aclarará el vínculo con el MFP, que en cualquier caso tendrá que ser adecuado para enfrentar la crisis actual y sus consecuencias».³⁵

Luego, el Consejo Europeo aprobó una «hoja de ruta para la recuperación», que también echó la mayor parte de las palabras al viento. Las únicas declaraciones perentorias se refieren a la voluntad de «profundizar aún más el mercado único como un componente esencial de nuestra prosperidad y resistencia» y de completar «la unión bancaria y la unión de los mercados de capitales»³⁶: la voluntad de evitar cualquier tentación de remediar las deformaciones de la construcción europea a lo largo de carreteras que son autónomas de las indicadas por la ortodoxia neoliberal.

34 Ivi, n.º 26.

35 Conclusioni del presidente del Consiglio europeo a seguito della videoconferenza dei membri del Consiglio europeo del 23 aprile 2020. www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2020/04/23/conclusions-by-president-charles-michel-following-the-video-conference-with-members-of-the-european-council-on-23-april-2020

36 Una tabella di marcia per la ripresa. Verso un'Europa più resiliente, sostenibile ed equa, www.consilium.europa.eu/media/43414/20200421-a-roadmap-for-recovery_it.pdf

Si esto es así, es probable que Italia se vea obligada a abandonar el euro como la única alternativa al abismo de la asistencia financiera condicional (Cesaratto, 6 aprile 2020). Por esta razón, es necesario mostrar a partir de ahora una determinación incondicional para evitar la espiral de la deuda: poner inmediatamente la recuperación de la soberanía monetaria en la mesa de negociaciones.

Precisamente este camino fue elegido por Alemania en medio de la crisis de la deuda soberana, cuando el entonces presidente de la Comisión Europea, José Manuel Barroso, propuso enfrentarlo recurriendo a la emisión de eurobonos. Era una propuesta prudente y detallada, en última instancia sujeta a un régimen de condicionalidad: solo los países dispuestos a adoptar «todas las herramientas necesarias para garantizar la integración y la disciplina»³⁷ se beneficiarían. No obstante, la Universidad de las Fuerzas Armadas alemanas desarrolló un plan para implementar la salida de la zona euro en unos pocos días, consideró una opción para ser considerada como una fuente de cargos más bajos que los atribuibles a un sistema compartido de los riesgos. Y la cosa fue presentada por los medios como no muy lejos de los deseos de una gran parte de la clase política (Hesse et al., 28 de noviembre de 2011).

Italia también debería comportarse de la misma manera. Tal vez impida que los militares se ocupen del problema, pero aun así evite un día sin estar preparado para enfrentar un evento que aún podría ser inevitable (Brancaccio, maggio 2017).

Referencias

Baldassari, M., & Melegari, D. (Coords.). Populismo e democrazia radicale. En *Diálogo con Ernesto Laclau*. Verona.

Baldwin, R., & Di Mauro, B. Weder (2020) (Coords.). Mitigating the COVID economic crisis: act fast and do whatever it takes. London. <https://voxeu.org/system/files/epublication/COVIDEconomicCrisis.pdf>

Brancaccio, E. (2 maggio 2017). E se l'uscita dall'Euro diventasse inevitabile? www.ilsole24ore.com/art/e-se-l-uscita-dall-euro-diventasse-inevitabile-AElla7EB

Carli, G. (1996). *Cinquant'anni di vita italiana*. Roma y Bari: Editorial Lazerta.

Cesaratto, S. (6 aprile 2020). Economia e pandemia: domande e risposte sull'Italia e l'Europa. <http://temi.repubblica.it/micromega-online/economia-al-tempo-della-pandemia-domande-e-risposte-sull-italia-e-l-europa>

Dani, M., & Menéndez, A. J. (3 aprile 2020). Le ragioni di un rotondo No al Mes. www.lacostituzione.info/index.php/2020/04/03/le-ragioni-di-un-rotondo-no-al-mes

Fassina, S. (15 marzo 2020). Bce e Commissione Ue inadeguate. L'Eurogruppo sterilizzi il debito pubblico. www.huffingtonpost.it/entry/bce-e-commissione-ue-inadeguate-leurogruppo-sterilizzi-il-debito-pubblico_it_5e6e433ec5b6747ef11ef5af

37 Cfr. Rinnovo europeo – Discorso sullo stato dell'Unione del 28 settembre 2011, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_11_607

Fassina, Stefano (3 aprile 2020). En C. Clericetti, L'Ue e il dentifricio più usato dai dentisti, <https://clericetti.blogautore.repubblica.it/2020/04/03/la-ue-e-il-dentifricio-piu-usato-dai-dentisti>

Fassina, Stefano (15 aprile 2020). Solo una banca centrale ci può salvare. www.lafionda.org/2020/04/15/solo-una-banca-centrale-ci-puo-salvare-intervista-a-stefano-fassina

Formenti, C. (2016). *La variante populista*. Tribuna Abierta. Opinión y blogs. eldiario.es. Roma.

Galli, C. (2019). *Sovranità*. Bologna: il Mulino.

Hesse M. et al. (28 novembre 2011). Am Abgrund. *Der Spiegel*. www.spiegel.de/spiegel/print/d-82244908.html

Keynes, J. M. (2007 [1919]). *Le conseguenze economiche della pace*. Milano: Adelphi.

Lagarde (19 marzo 2020). La nostra risposta all'emergenza legata al coronavirus. www.ecb.europa.eu/press/blog/date/2020/html/ecb.blog200319~11f421e25e.it.html

Lazzarato, M. (2012). *La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*. Roma: Fuorifuoco.

Le Maire (16 aprile 2020). I fondi del Mes si potranno usare anche per coprire le spese non sanitarie. www.lastampa.it/topnews/primo-piano/2020/04/15/news/le-maire-i-fondi-del-mes-si-potranno-usare-anche-per-coprire-le-spese-non-sanitarie-1.38721629

Maddison, A. (1988). La natura e il funzionamento del capitalismo europeo. En *Moneta e credito*, pp. 72 y ss.

Preterossi, G. (2020). Da emergenza sanitaria a stato di eccezione politico? (25 de marzo). <http://ilrasoiiodioccam-micromega.blogautore.espresso.repubblica.it/2020/03/25/da-emergenza-sanitaria-a-stato-di-eccezione-politico>

Realfonzo, Ricardo (26 de marzo de 2020). Crisi e coronavirus: I fondi Mes rischiano di essere un boomerang. L'intervento sia in mano alla Bce. Entrevista en *La Repubblica*.

Realfonzo, R. (15 de abril de 2020). Finanziamento delle politiche e scenari del debito dopo il Covid-19. www.economiaepolitica.it/crisi-economica-coronavirus-italia-unione-europea-mondiale/debito-pubblico-2020

Somma, A. (2017). *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*. Imprimatur.

Somma, A. (2018). Il bilancio dell'Unione Europea tra riforma del sistema delle risorse proprie e regime delle condizionalità. En *Diritto pubblico comparato ed europeo* [online], pp. 873 y ss. www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/591/573

Stirati, A. (1 aprile 2020). *L'Italia, L'Europa e la crisi da coronavirus*. www.economiaepolitica.it/l-analisi/crisi-da-coronavirus-italia-europa

Streeck, W. (2013). *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*. Milano: Campi del sapere.

Streeck, W. (2016). How will capitalism end? *Essays on a failing system*. London y New York: Verso.

Varoufakis, Y. (11 aprile 2020)). The Eu's new coronavirus relief deal is a gift to Europe's enemies. www.theguardian.com/world/commentisfree/2020/apr/11/eu-coronavirus-relief-deal-enemies-debt-eurozone

Teaching and researching law during the beginning of the corona pandemic

Viola Heutger
Open Universiteit

Tempora mutantur et nos mutamur in illis.

Ovid

Teaching and research during the Corona Pandemic became a real challenge. The situation was unknown and the end unsure. Students asked for clear teacher-student-contact-schemes, an exam relevant preparation and exam dates with precise exam modalities, whereas Universities had to improve and to invent a way to teach by digital means, they had to find new exam modalities and had no ideas for how long this situation will last. Furthermore, even in Europe, where free movement of persons is one of the basic rights, limitations of country access started already in March 2020 for the first time in the history of the European Union. Universities were forced to find a solution for their students and academics abroad. How could they come back in times where there are now flight and train connections to the home land?

In this contribution I would like to share my personal experience during the first two and a half month of living, travelling, teaching and researching while the Corona virus spread around the world. At the moment, where the measures taken by states in order to limit the Corona virus epidemic started to have an impact on my live, I was teaching in Palermo, officially resident in Switzerland, working at a Dutch University and holding a German passport. I am European by heart, travelling from one country to another is part of my routine and I practised it for years.

On 1st March 2020 I arrived at Palermo. Invited by colleagues as visiting professor and research fellow. I was looking forward to teaching a class on international sales law to PhD students and to pass a month with intensive study periods in the Roman Law Library. On the 5th and 6th March 2020 a conference and a workshop had been scheduled. On 4th March 2020 colleagues from The Netherlands and various regions from Italy arrived and we met at a local restaurant. Italian hospitality, delicious local food and a lot of information to exchange. Half way dinner we received the official message, that all University buildings and all other public institutions will be closed the following day. Italy started its rigid Corona regime all over the country. The University had to implement the rules. No students would any more allowed to participate in lectures and conferences. Same rules applied for any interested audience to our conference. What to do?

All speakers of the conference were already present in Palermo, all were sitting close together in a cosy restaurant. All papers had been prepared. We felt like a community of fate, experiencing the same unforeseeable situation, not being adequately prepared for facing these challenges, lacking clear information.

We had heard that the Corona virus had an enormous impact on the daily live in the North of Italy. We know that there, far away, many people died. However, at that evening, out there on the island of Sicily we had not the idea of facing any personal danger. We checked the information on our mobile phones at various media in Germany, Switzerland, The Netherlands and Italy. We discussed and reported the fresh and different information to each other. Every second new details were shared, information by Email and WhatsApp dropped in and the information became more and more differentiated. In Italy, the information was different from region to region and in comparison to the Netherlands and Germany already quite sever. The statistics and figures from Italy were offering a warning signal. In Germany and the Netherlands still nobody was really worrying, but both countries informed detailed on the situation in Italy and on the second page on some, very few, incidents at local hospitals. At the beginning the local differences were enormous. Quickly, we realised that the attitude and traditions of people had a strong impact on the health. Celebrating carnival seemed to be a risk. Strong infection figures in the German area of Heinsberg and the Dutch area of Northern-Brabant, regions with the tradition of celebrating carnival. The famous Swiss carnival celebration at Basel, the *Basel Fasnacht*, had been cancelled. Sitting there in Palermo, on the 4th March 2020, Corona virus still felt so distant, so abstract and very unreal.

What to do? All speakers of the next day's conference were present and all had already passed some hours over dinner together. Shall we have an extra risk in the case we would meet again? No media offered a risk calculation tool. We talked to each other and discussed the risk of staying together and to meet again. Very democratically, we ask each individual present to share his or her view. Finally, we decided to go on with our conference in a closed setting at a private study room. All guests of that dinner came and the conference was a success. There was plenty of time for discussion, we saw it as a privilege to be together and we already felt that this was a last conference of such a kind in spring 2020. When we said good bye to each other, it was in friendship and we felt already the pressure of the uncertainty around us. When will we meet again? Had this conference had any impact on our health? We monitored our health and exchanged information and gladly, all of the speakers present in Palermo stayed healthy the month to come.

The workshop, a day later, the 6th of March 2020, was cancelled, only the five people who attended the above mentioned conference came together with a two meters distance regime for a work in progress and we discussed how to proceed. Two of us had already plans for an online journal and a new online book series. Under the given situation these projects were enthusiastically embraced. We wanted to make plans for a conference a year later, but we felt so unsure about what would come, that we left everything open, we did not picked a date nor a place to meet.

Again, it was strange to say good bye to these few people left in Palermo and after these two intensive, we felt the world will change, there would be no chance to

meet again the month to come and distances between us will be like fortress walls, impossible to pass.

We stayed in touch and discussed in depth by Email and WhatsApp the impact of the Corona pandemic on our lives and on our attitude towards sharing knowledge. Never before, I met so many colleagues online, apart from those I met in Palermo, exchanged so much information on my live, my schedule and my different classes.

Nonetheless, the situation became different and even more difficult from day to day. I had to teach my class on International Sales Law in Italian via Microsoft Teams. Teaching online, with quite a different kind of interaction with the class than in a real class room, was challenging and it took me some days to become familiar with this way of teaching and to express myself in Italian as I had no exchange with colleagues beforehand to practise my language skills.

My home situation also changed. My husband came to visit me on 4th of March and his flight home was cancelled. He had to pass more days in Palermo and it was unsure, when he could travel back to the Netherlands, as the Netherlands had closed the flight connection with Italy. He also had to teach online. We are still very grateful to our landlord for providing a stable internet connection to us and that our apartment in the middle of Palermo was that big that two people could offer online classes at the same time.

On 10 March 2020 Italy announced the lock down. The afternoon before, by chance, I bought a Chinese violin, that enabled me to practise daily. It was my last visit to an Italian non system relevant store in Italy in March 2020. The next day that music store was closed too. Supermarkets, Tobacco and betting shops and pharmacies remained open. No more espresso at the local bar, no more Pizza in a restaurant, no more ice-cream in the streets, no students face to face and no flight connection home. From one day to another live changed.

What shall we do, was one the questions? Unfortunately, we had no answer. We started to imagine that our stay in Palermo would be a long-term stop over. My husband started to make a list with food to buy for the worst case scenario of an even more severe lock down. So, two hours later, we had pasta, tomato sauce, herbs and olives for a week at home.

On the 11th March I received an Email of my University in Budapest, where I am teaching since 1998.

Dear Viola,

Yesterday, the rector of the University informed us in a circular of some new rules and precautions he had to introduce because of the appearance of the coronavirus. The letter also involves finding a common solution for foreign instructor lessons that can replace contact hours. Therefore, first of all, we are sorry, but we have to give up your end-of-April training in person.

What do you think about making up the contact lessons and how to take the exam?

We think you might be able to submit material for these 6 hours in writing, if you agree.

Or there is also the option of video recording the lesson and posting it on the university website or sharing it on YouTube (for course students only, of course).

But it is also possible that if you commit to a curriculum of distance learning, we will also send it to the students.

Examination can be done by homework or possibly by an open book written exam.

What do you think about it?

...

I am very sorry for the inconvenience caused and I sincerely hope that we can find a solution that is acceptable both to you and the students.

Best regards,

Márta

No teaching in April in Hungary. I had already met the students in February 2020 for the first part of that lecture. How shall I proceed? I would have loved to discuss in person and face to face the new EU sales Directives with them into detail. But now, I had to offer something different.

During dinner we discussed the Email from Hungary and considered various scenarios. My husband is also a lawyer and was teaching the same subject to his master students in The Netherlands. Therefore, we started to think of co-teaching. We had done it earlier. Normally, I participated in his online lessons with sharing some insides on law making and issues of law and language. After some more days we had the idea that it would be wonderful to co-teach not only the two of us but with colleagues from all over Europe. Initially, the plan to transnational co-teaching was only an idea, as days were filled with teaching, writing emails and checking flight connections and we postponed the decision on how to teach for a later moment.

At my home University, the Open University of the Netherlands, in the meanwhile a Corona Team was established. Initially, they focused on students and local staff, teaching and exam facilities. Later, they realised that some staff members were still abroad. On 20th March I received an Email that I should register at the Dutch Embassy, that I shall return with the next flight possible and that all Dutch Universities elaborated uniform standards of repatriation of their staff members. So far so good, I contacted the Dutch Embassy. I received an Email that repatriation will be possible and costs 300 Euro, however, at the moment they do not know when and in any case it will be cheaper to organise my flight home on my own. Because of my German Passport I contacted also the German Consulate. They were very friendly and in favour of staying in Palermo and not to return home as the figures showing Corona infections were in no way better in Germany than in Sicily. Being resident in Switzerland I also informed the Swiss Consulate and I received a confirmation that there are no direct flights to Switzerland anymore.

My own University contacted me regularly, however, it was unclear what to do. All flights back were inconvenient. I would have to change in Rome and wait for a night for a connection, as there were no flight connections to the Netherlands, I would have to travel to Belgium or Germany or Switzerland instead. As my husband had no living permit for Switzerland we decided not to go to Switzerland. Initially, we wanted to fly to Belgium, as Brussel airport is quite close to our home. At the day we tried to get a ticket, Belgium closed its borders to the Netherlands and ordered a

two weeks' quarantine for all air flight passengers coming in. So, the option to travel to Belgium became obsolete.

We decided not to think any more on travelling home, but to focus on teaching. My husband, as mentioned above, had a class to teach on European Private law in the Netherlands, I had a class to teach on the same subject in Budapest and I had my class on International Sales Law in Italy.

We discussed for a long time what could be the advantage of co-teaching cross country. Would it be feasible to bring people together in an online class room? Will the technique work? We decided to try it. We wrote Emails to several colleagues all over Europe and invited them to teach in a special class on European Contract Law. Within hours we got positive response from colleagues in Estonia, Greece, Belgium, Poland and Italy.

We agreed on a day, 29th March 2020 and a technical mean, *Collaborate*. Students from Hungary, the Netherlands, Italy and one extra invited student from Turkey joined and our colleagues from Leuven, Athens, Tartu, Krakau and Palermo taught in our virtual class. It worked, only one colleague could not make use of his micro, for the rest all went fine. It was such a pleasure to be united under a Corona virus regime and however, to experience academic unity and friendship. The students were enthusiastic. Finally, Corona brought something new and extra for them and we received a lot of positive feed-back.

A colleague from Hungary was also listening and in the meanwhile we are planning a co-teaching course for students in Hungary, The Netherlands, Peru and Kenia. In times when our bodies were locked, our minds passed borders and Universities.

During the first month of Corona I used Micosoft Teams, Bluejean, Collaborate, Zoom, meet jit si, go to meeting, google meet, skype and whatsapp. Not one of these means is perfect, all helped to go on with the work. However, here we realised how inflexible are quite many of these online tools, furthermore, all offer different features and have different access modalities.

Taking exams under a Corona regime is even more challenging. Shall it be an open book exam or will all students than surf on the net? Shall it be an oral Exam? Is that fair for students with badly working computers and students not being familiar with online oral exams at all? Shall it be a written exam with a time lock? May we take photos? Is that in coherence with data protection rules? We mainly had questions and no answers.

I received very many mails on examining. Still now, after more than two months in the Corona mode, we still have our doubts and have not found a perfect way to examine. Corona taught us to be patient and is showing us what permanent learnings means.

The Corona Pandemic offered me extra time to reflect, to write letters and Emails and even to meet friends for a long distance coffee. As one of the few people I was able and forced to travel during the Pandemic. I moved from Palermo to the Netherlands, I crossed Germany, I went to Switzerland. Nevertheless, I had to reconsider my way of living, I had to plan my journeys in a precise manner I never did before. And it was a challenge to meet the national and local requirements at all the places. For some places I needed an auto-authorisation, a paper form you have to fill in by

your own. For other countries I needed official resident papers. At another control my German passport was the key entrance document and in some transport modalities I had to wear a mask, whereas in others not. My personal logistic enhanced. I became more reluctant towards travelling and due to my legal work as a volunteer for several seafarers-welfare-centres, I realized how difficult live can be, when you have to go on with your work and there is no chance for a crew change and there are no flights back to your dear ones. These were the moments, when I felt so glad to be an academic in a well-organized country and having the freedom to have thoughts and ideas crossing borders, even when I do not move. The Corona Pandemic forced libraries to close. I am in the process of finishing a book and wanted to review the literature I used and the check the footnotes. Not all literature is on the internet. So, the last three weeks I contacted editors and friends to help to identify new editions and to verify some imprecise footnotes. My experience was very positive, some editors even have send me new editions for free. The Corona Pandemic gave me the chance to read much more than I would have done without the lock down.

Though, I am not forgetting, Corona brings dead, Corona brings isolation, Corona brings questions and not many clear answers. Corona taught us from the beginning that insights are gained slowly, that incertitude governs the daily live and that gaining knowledge is a slow process and subject to new insights.

However, Corona offered new chances and enhanced cross border information exchange. For years, I had not received so many kind Emails from colleagues over the world. Furthermore, invitations to contribute to books and reviews are ongoing and quite some colleagues I had for the first time on the phone. For the are future, my network even became stronger and more international than before.

Thank you, Prof. García Long, for inviting me to my first contribution in Peru. Writing down my academic adventures of the last weeks in Europe gave me the chance to look again on a map of the world and let my imagination move. Let me conclude, stay healthy, and let us meet again!

**Coronavirus:
Force majeure? Hardship? Deferral of
obligations?
Some practical elements.
Advice for the analysis and redaction of clauses**

Denis Philippe

Lawyer at the Brussels and Luxembourg Bars

Extraordinary professor at UC Louvain

Visiting professor at the University of Paris X

Coronavirus has had devastating effects on our economy and the impact of this pandemic on contract law has been as virulent as the coronavirus itself.

It is appropriate to introduce this study by recalling the milestones of the coronavirus phenomenon in view of the change in circumstances.

Outbreak of the virus in Wuhan province, Hubei. On 31 December 2019, the authorities announced for the first time clustered cases of pneumonia of unknown origin; all 41 infected people had attended the Huanan food market.

Then the virus spread throughout China, crippling trade with China. It then spread from China to the rest of the world, but we will not go into detail in this study.

Hard-hit Europe has taken containment measures; these have been taken at the state level. The containment measures were initiated in Belgium on 13 March 2020. On 17 March, Luxembourg triggered the state of crisis that allowed it to take quick legislative decisions and close all construction sites.

Given the scale of the pandemic, these measures have been strengthened, including the closure of many businesses and border control.

Finally, the virus is temporary; thus, the containment was, at the time of writing of this article, gradually lifted in Wuhan province.

The problems that can arise are legion. We will limit ourselves to a few examples.

You are committed to delivering goods that come from China; Chinese factories are closed because of coronavirus.

You have received an order to close your European factory; you cannot provide as a result of this closure.

You had to perform on the spot abroad; or your flight is cancelled.

A framework contract for the delivery of goods has been concluded; you were due to deliver by March 30 and are unable to deliver because of the coronavirus; the buyer had paid a 30% down payment; can he recover the deposit as a result of the force majeure?

We will study successively force majeure (Chapter I) and hardship in a second stage (Chapter II).

CHAPTER I. FORCE MAJEURE

After giving the definition of force majeure, we will first consider whether the coronavirus crisis espouses the conditions of force majeure and then focus on drafting

the clauses. We will discuss the containment measures (up to §3), the effects of force majeure (§4), and we will end with advice on the analysis and drafting of the force majeure clauses (§5)¹.

1. Definition

Force majeure exempts the debtor from an obligation when circumstances arise with the following characteristics:

- be unaccountable to the party who invokes it.
- be unforeseeable and unavoidable.
- irresistibly result in an impossibility to carry out the contractual obligation.

It has the effect of dissolving the contract if the obstacle is final and suspending it if the obstacle is temporary.²

HYPOTHESIS			REGIME	
Circumstances		Effects	Notificación	suspension
Unaccountable	Unpredictable	Impossibility of execution		Dissolution

2. Conditions of application

2.1. Non accountable to the party that invokes it

Force majeure must be external to the party that invokes it. It is often felt that an external cause is not necessarily required and that the disruptive event must simply not be attributable to the party who invokes it. This applies, for example, to the case of the disease (in the case of coronavirus), it is a disease but its cause is directly external to the party that invokes it since it is a virus that comes from abroad and spreads at an impressive rate.

¹ See. Brucher (2020).

² See not. Cornelis (2000).

What if several faulty and unaccountable causes contribute to non-execution? For example, the seller was scheduled to deliver on November 30; it is more than two months behind schedule and then invokes the coronavirus crisis. In this case, the seller will remain responsible.³ Let us take another example: under a framework long-term supply contract, the seller had to contractually keep a stock of 1,000 cases from China; he had not kept such a stock and claimed the shortage of parts because he could no longer buy from China because of the coronavirus. The buyer may rightly refuse the application of force majeure; indeed, his contractual fault, the failure to maintain sufficient stock, contributed to the non-performance of the sales contract.

2.2. Unforeseeability

The notion of unforeseeability is all relative; thus the pandemic was envisaged in 2013 in a report of the German⁴ parliament; Bill Gates explained in a conference in 2015 that we were not prepared for the next pandemic; does this mean that the current coronavirus pandemic was predictable? We must refer to the prudent and diligent man placed under the same circumstances and there we will all agree that this pandemic and its effects were not foreseeable.

Based on the evidence mentioned above, the existence of the virus had to be relied upon as early as January 15, 2020. In other words, this event had to be taken into account by the parties in their contractual negotiations as of that date. The buyer will not be able to avail himself of the unpredictability of the coronavirus at this time.

It is important, to distinguish the *unforeseeability of the event* on the one hand, and the *unforeseeability of its effects on the contract* on the other hand. If the event is foreseeable but its effects on the contract are not, the debtor will still be able to avail himself of the unpredictability. Let's resume the development of corona. Who could have foreseen on 15 January, when the coronavirus could be taken into account by the contracting parties, that it would experience such a spread on other continents and especially in Europe?

Let's take the following example. You commit on February 5, 2020 to make a product delivery for April 1, 2020; you know coronavirus and its effects in China at this time, but you did not know that your factory had to be closed on 18 March 2020 under the Belgian ministerial decree; therefore, you can always avail yourself of the unpredictability of the measures decreed by the Belgian government, as they were unpredictable on 5 February 2020.

2.3. Impossibility to perform

You, an intermediate Belgian supplier, are committed to selling goods; the only supplier is from China and the Chinese company is closed. You are clearly in a force

³ See on this issue, Philippe (1986).

⁴ Report on risk analysis in civil protection, 3.1.2013, German Bundestag 17th parliamentary term, printed matter 77/12051, nr. 2.3, p. 5 (comment appréhender une pandémie en se référant au SARS).

majeure situation. But if *alternative* supply opportunities are present, the debtor must resort to them. Let's take the previous example; An Argentinian supplier can supply the same goods; you, an intermediate Belgian supplier, have to turn to this other supplier. If the price is substantially higher, then you will have to see if you can invoke the hardship in such a hypothesis, which we will analyze later.

The impossibility must be reasonably assessed.⁵ The Belgian Court of Cassation has had the opportunity on several occasions to state it.⁶ The Paris Commercial Court was also of this opinion⁷. In a case dated May 20, 2020, the definition of force majeure was adjusted so as to consider execution impossible when it was carried out under unreasonable economic conditions. By accepting this clause, the Court ruled in favor of the existence of an event of force majeure represented by the coronavirus.

On the other hand, what if the impossibility is the result of another standard to be met? Let's take a simple example. You have to deliver goods that come from Russia; Russia is under embargo following the events in Ukraine; you are unable to deliver as a result of the embargo and it is a *fait du prince* constituting force majeure; therefore the standard to be met takes precedence over the contractual commitment.

What if there is a conflict of standards; what if the standard to be respected is the protection of life and health covered by Article 2 of the European Convention on Human Rights which urges you not to carry out while the containment measures allow you to continue working? The protection of life and health should in principle take precedence, and this hypothesis will be returned to the study of containment measures later.

The mere fact of running out of liquidity is not a case of force majeure and it is written that the debts of sum of money do not fall under the scope of force majeure by referring to the adage *genera non pereunt*.

In a judgment of 28 June 2018,⁸ the Court of Cassation confirms that financial incapacity cannot constitute a case of force majeure, even if this incapacity is due to external circumstances which constitute a case of force majeure for the debtor. We will nuance the effects of this judgment in the following paragraph with respect to the impossibility of use.

It is not our ambition to take up here all the measures that have been taken by the banks and by the public authorities to help businesses.

But let us remember that under section §1244 of the Civil Code, the judge may grant the unfortunate and in good faith debtor terms and time. It seems pretty obvious to us that this article will be able to find application in the wake of the coronavirus crisis.

5 Van Oevelen (2008); Cabrillac (2002); Fontaine (1984); Heenen (1956).

6 Cass. May 13, 1996 Pas. 455 and Cass. September 21, 1991, R.W. 1991-91, 682.

7 Trib. Com. Paris, 20 may 2020, R.G. 20200 16407.

8 Cassation 28 June 2018, C.17.0701.N/1.

2.4. Various questions: evidence, lease, jurisprudence

The burden of proof rests with the debtor who invokes force majeure and the debtor will be well advised to retain all the evidence of force majeure.

Lease agreement

What if a store has to close? The tenant refuses to pay on the grounds of force majeure; the owner counters by saying that the lack of liquidity is not a case of force majeure as stated above; it will then be necessary to refer to Article 1722 of the Civil Code, which states that the lease is void in the event of a loss of the rented thing; the impossibility of use may give rise to the application of this article because it can be equated with the loss of the rented thing. On the other hand, it can be considered that if the tenant is deprived of enjoyment, the landlord does not fulfil his obligations to make available the rented property as contractually agreed, the tenant being then entitled to suspend the payment of rents.⁹

Reading the lease may prove valuable in the search for the solution to this question; in fact, the use of the property rented at a particular destination (e.g. clothing store) is often expressly provided for; force majeure will then be more easily applied since the property can no longer be available as stipulated in the contract.

Jurisprudence

Of course, the case law is not yet very present. One example is a judgment of the Colmar Court of Appeal of March 12, 2020.¹⁰

A foreigner appeals a first-degree order. He cannot appear at the hearing; the court recognizes a case of force majeure in these terms:

The appellant, Mr. A X, could not be brought to the hearing at the Court of Appeal, because of the exceptional and insurmountable circumstances, of the character of force majeure, related to the ongoing epidemic of Covid-19; in effect, we were informed in the morning that a foreigner detained at the Geispolsheim CRA with symptoms of the virus was being screened and had been in contact with the staff of the Order of Malta during an hour-long interview. The staff of this association is therefore subject to a 14-day confinement. However, the concomitant presence in this centre of this person and Mr. To X, who himself was also assisted by the staff of the Order of Malta in drafting his act of appeal; therefore the person concerned is also likely to have been in close contact with the foreign person who may be affected by this virus. Therefore, these exceptional circumstances, resulting in the absence of Mr. A X at today's hearing, are of the character of force majeure, being external, unpredictable and irresistible, given the time required to rule and the fact that, within that time, it will not be possible to abstain the absence of a risk of contagion and to have an escort authorized to take Mr. X to

⁹ See Higny (2020).

¹⁰ 6th, foreigners, judgment 20/01098, published at Dalloz, doctrine.

the hearing. In addition, the Geispolsheim CRA indicated that it did not have any equipment to hear Mr. A X in the context of a video conference, which it follows that such a solution is also not possible for this audience. Accordingly, the hearing takes place in the absence of Mr. To X, that Master F G-H, a lawyer at the Colmar bar, who was committed to the law, agreed to represent.

We have resumed this judgment because it is very recent and it illustrates the exceptional situation in which we find ourselves, although the facts do not concern contract law.

3. The fait du prince

As noted in the introduction, the pandemic required state intervention in different parts of the world. They have taken various measures to prevent the spread of the virus, which have a substantial impact on the economy and on contracts.

Under Belgian law, we have, to date, different successive ministerial orders, on 13, 18, 23 and 27 March, 17 April and 8, 13, 15 May 2020, relating to the containment following the coronavirus. Other orders will follow, here. Let's take Articles 2 and 3 of the March 18, 2020 orders:

Art. 2. Telework at home is mandatory in all non-essential enterprises, regardless of size, for all staff members whose duties are appropriate. For functions to which telework at home cannot apply, companies must take the necessary measures to ensure compliance with the rules of social distance, the maintenance of a distance of 1.5 meters between each person. This rule is also applicable for employer-organized transportation. Non-essential companies unable to comply with the above measures must close.

Art. 3. The provisions of Article 2 do not apply to businesses in the crucial sectors and to essential services covered by the annex to this order. However, these companies and services are required to implement, as far as possible, the telework system at home and the rules of social distance.

Ministerial order dd. April 3 has broadened the services listed in article 3 and include now «producers, suppliers, service providers and subcontractors of goods, works and services essential to the activities of these enterprises and services».¹¹

By Ministerial order dd. April 17, the containment has been prolonged until May 3; garden center and do-it-yourself retailer can be reopened.

In Luxembourg, a regulation has been issued on March 18, modified on April 8. Article 3 prohibits commercial and artisanal activities except essential services. Measures to alleviate these prohibitions have been decided on April 17. In many countries, a distinction is made between essential and other services.

Essential services can therefore be provided during periods of confinement. However, the rules of telework and social distancing must be respected, but unlike

¹¹ Various decrees have been issued in specific areas.

non-essential services, where possible. Given the importance of health and the dangers of contamination, the concept «as far as possible» must be interpreted in the sense that the best efforts must be made to respect the rules of telework and social distancing.

4. Effects

The first step is to *inform* the co-contractor of the force majeure event and its effects on the contract. This is not expressly provided for by law but may be based on article 1134, paragraph three, of the Civil Code, which provides for the good faith implementation of the conventions.

Notification can be preventive; for example, coronavirus occurs but may pose risks to the performance of the contract; the contractor is directly notified even if the execution of the contract is still possible. It can be circumstantial; it comes at a time when the contract is impossible to perform. If it is circumstantial, it must also be detailed: the debtor must explain why he invokes force majeure. Since communication between contractors is essential, we can only advise preventive notification.

As the law is silent on notification and its forms, its necessity and content will be left to the judge's discretion.

Force majeure results in the dissolution of the contract if it is final and the suspension of the contract if the effect is temporary. It will result in the dissolution of the contract if, although the effect of the event is only temporary, the duration of the suspension causes the performance of the obligation to lose interest.

The force majeure operates for the future, and therefore *ex nunc*, unlike the termination by fault or annulment of the contract which operate in principle *ex tunc*. Force majeure therefore has no retroactive effect. This effect *ex tunc* is considered an application of the broader figure of the caducity of the convention because of the disappearance of its object.¹²

This tradition is, however, disputed, as part of the doctrine considering that there is no reason to subject dissolution by application of risk doctrine and termination for wrongful non-performance to two different regimes.¹³ We believe that it makes sense for force majeure to operate *ex tunc*; indeed, it is by the impossibility of performance that the contract ceases its effects; there is no justification for nullifying the past that has been properly executed; in the event of annulment, for example, the contract was flawed at its conclusion; the resolution aims at sanctioning the gross negligence of a contracting party which undermines the trust, past present and future, that could have been placed in this contracting party.

Is it possible to estimate that the contract can be dissolved before its performance has been made impossible (anticipatory breach)?

The case law does not rule on this issue, but the possibility of terminating the contract even before the breach is verified and recognized in the draft reform of Belgian contract law, in the Vienna Convention on International Sale in Articles

¹² Vanden Berghe (2009).

¹³ Glansdorff (2019).

71 and following. What can be done when the debtor is at fault in the above assumptions must also apply in case of force majeure. A solution that guarantees the effectiveness of the contractual relationship must be found and it is not useful to enclose one of the parties in a meaningless contractual relationship.

What are the effects of force majeure on the parties' performance in a synallagmatic contract?

The doctrine of risk is being applied. Authors have the habit of quoting the adage «*Res perit creditori*»: the thing perishes at the creditor's risk. In other words, the creditor cannot claim anything from his co-contractor.

However, there are three exceptions to this principle:

- When the debtor was already put in default.
- When the parties have, by a contrary clause, extended the debtor's liability to the case of force majeure.
- Where the debtor is bound, as a result of a particular legal provision to act in case of force majeure.

For the effects of force majeure on a *synallagmatic* contract, we will also turn to risk doctrine. It will be necessary to distinguish between whether the other party's obligations are extinguished or not.

If the co-contractor remains required, it will be said that the loss of the contract is for him: the burden of risk falls on him.

If, on the other hand, this co-contractor is also relieved of its commitments, it will be said that the loss of the contract is for the debtor of the obligation extinguished because of the external cause: the burden of risk then falls on that debtor.¹⁴ Practically, if the seller is unable to deliver for force majeure, he is released while the buyer is also exempt from paying the price.

In practical terms, quid in the event of a sale with a down payment? The seller cannot deliver given the force majeure finding its cause in the coronavirus. The buyer has made a 30% down payment? Is he entitled to a refund of this down payment?

Based on the principles set out above, we have seen the supplier is released from its obligation to deliver, and based on risk doctrine, the customer should not pay the price. However, if expenses have already been advanced by the seller, the seller will be able to keep them.¹⁵

5. Tips for contract drafting a force majeure clause

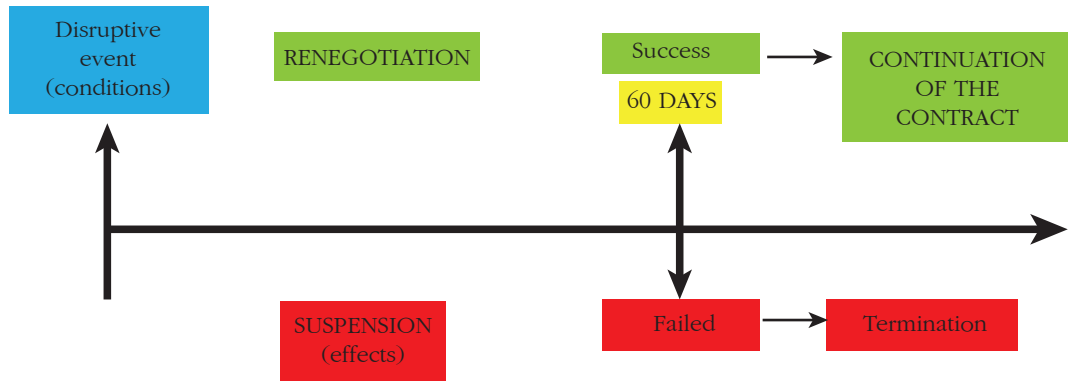
Beautiful studies have been devoted to these clauses¹⁶ and it is not the subject of this brief study to carry out a new analysis of the clauses but simply to show how to apprehend the coronavirus crisis through these clauses. We recommend that you carefully plan the renegotiation of the contract.

¹⁴ Wéry (2011).

¹⁵ See for the application of similar principles in terms of conditions precedent Kohl (2012).

¹⁶ See Gouden (2012, p. 56).

Since this pandemic, the force majeure clause will no longer be drafted as before. Let us recall the structure of the force majeure clause which corresponds to that of the concept of force majeure that we have taken up in the table above, but the renegotiation is put in the spotlight.



It is known that, in addition to defining the concept and its conditions of application (externality, unforeseeability and impossibility of performance) the clause often sets out the circumstances that may give rise to the invocation of force majeure and it is certain that the term pandemic will now be included.

Let's take the following clause:

No Party shall be liable for any failure to perform its obligations where such failure is as a result of Acts of God (including fire, flood, earthquake, storm, hurricane or other natural disaster), war, invasion, act of foreign enemies, hostilities (whether war is declared or not), civil war, rebellion, revolution, insurrection, military or usurped power or confiscation, terrorist activities, nationalisation, government sanction, blockage, embargo, labour dispute, strike, lockout **pandemic** or interruption or failure of electricity [or telephone service], and no other Party will have a right to terminate this Agreement under Clause 19 (Termination) in such circumstances.

We added the pandemic to the earlier clause. The advantage of inserting the circumstance will be to avoid discussion on whether coronavirus constitutes a hypothesis of force majeure; some believe that previous areas of death (H1N1) are not a case of force majeure, so the current pandemic is not in itself a case of force majeure.

To proceed with the analysis of components of the clause that have caught our attention in the context of this pandemic.

Notification

The following clause can be taken:

The party invoking the force majeure case should, immediately after the occurrence, send an express and recommended notification to the other party.

A notification is important, as we have seen, for the fluidity of communication between contractors; this notification, as we have seen, may take place in a preventive manner, which is not expressly provided for in this clause. This preventive notification is important in the case of Covid-19, given the evolutionary nature of this pandemic on the contract. Just look at the various ministerial orders that have been issued in Belgium.

We no longer believe it is appropriate in the digital age to require a recommended mail notification.

Another more comprehensive clause is:

The Contractor shall forthwith notify the Buyer as soon as the said Special and Excepted Risks have ended.

The termination of the force majeure shall similarly be notified.

The affected Party shall also provide notice to the other Party of

- i. with respect to an ongoing Force Majeure Event, the cessation of the Force Majeure Event, and
- ii. the affected Party's ability to recommence performance of its obligations under this Agreement as soon as possible, but in any event, not later than seven (7) days after the occurrence of each of (i) and (ii) above or, where the affected Party has (acting reasonably) vacated the Site, or its relevant property, as the case may be, as a result of such Force Majeure Event, not later than seven (7) days after the date it becomes or should have become aware of such occurrence.

Effects, Renegotiation

The contracting parties are momentarily untied, totally or partially, from their obligations in the case of force majeure having the unpredictability and being beyond the will of the parties, which is responsible for the party availing itself of the written proof of the force majeure nature of such a case within thirty days.

If, due to force majeure, one of the parties is prevented from fulfilling its contractual obligations for a period of more than three months, the contracting parties meet to determine the conditions for the continuation of the contract or the termination of the contract.

We can only stress the importance of renegotiating the contract. If the contract is concluded now, a specific provision for Covid-19 may also be provided, if its influence on the contract can be apprehended now.

Among the elements of the renegotiation is the deferral of payment obligations.

Thus, the return of the deposit in the event of force majeure can be foreseen if, as a result of the covid-19, the performance cannot take place.

Booking clause

A contract may provide that machines are reserved for the contractor to carry out work. It is feared that the co-contractor will not provide the raw materials plans and other instructions intended to carry out this work. These must be supplied by a subcontractor who is in a containment situation and cannot deliver the raw materials.

One can foresee for years the contract signed these kinds of hypotheses.

Some elements in the drafting of the clause:

- First, as soon as the first forebodings of difficulty of execution appear, the contractor must be notified.
- A time limit for cancellation of reservations to reallocate the machines must be stipulated.
- If force majeure is not proven, a penalty may be provided for the booking fee.
- If force majeure is proven, a renegotiation can be planned with indications of the risks to be borne on both sides.

Masks or respirators. Delivery

A renegotiation can be planned if the number of masks ordered does not arrive due to a force majeure caused by coronavirus. Clauses can also be inserted about respirators.

For the buyer, it will be the clause providing penalties in case of delay that will be preferred but in the head of a Belgian seller who is intermediate, it will be the force majeure clause that will be required to exempt him from liability if the masks do not arrive from his foreign supplier.

The two clauses can be combined: no liability for the first fortnight and then penalty clause beyond that period.

Obligation to limit one's own damage

In the event of force majeure, the contracting parties are required to make every effort to remove and/or lessen the difficulties and damage caused, in which case the other party will be constantly kept informed of the situation. Otherwise, the defaulting party may be claimed damages by the other party.

We can only insist on the appropriateness of providing in the contract a renegotiation clause in case of force majeure; this will allow the parties to better develop alternative solutions; for example, if the goods cannot come from China, a supply from Argentina may be considered and a price renegotiated; the survival of the contract is at stake.

During the suspension

Buyers shall be at liberty to procure from other suppliers any deficiency of deliveries caused by the operation of this clause.

If the suspension causes the contract to lose its usefulness, it can be foreseen that the contract will be dissolved. Thus, you order goods on February 1 in China; you had to insert these goods into a product to be delivered absolutely for the first of March, you cannot make the delivery on March 1st as the products did not arrive from China; therefore the force majeure will have a final effect since the delivery of the product has lost all utility for the final buyer.¹⁷

In addition, the post-suspension or post-confinement period may also be provided; the suspension may have changed the supply conditions at the haus.

Damage/costs

For delays and non-performance of obligations due to force majeure, neither party can claim penalties, interest or any other compensation or participation in the injury suffered by the party because of force majeure.

This clause is quite obvious, but it avoids any discussion.

Sometimes during the suspension period, costs are incurred; for example, the seller carries out transport or stores goods; it will be useful to predict who will bear the costs of transportation or storage.

CHAPTER II. HARDSHIP OR IMPRÉVISION

1. Definition

The doctrine of unforeseen circumstances is intended to have the adjustment of the contract admitted when circumstances with these characteristics arise:

- be unaccountable to the party that invokes it.
- be unpredictable and unavoidable.
- irresistibly lead to an upheaval in the contractual economy.

Hardship leads to renegotiation of the contract.

¹⁷ See Philippe (2017).

HYPOTHESIS		REGIME	
Circumstances		Effects	Notificación Renegotiation
Unaccountable	Unpredictable	Frustration of purpose Excessively expensive Disruption of the contractual economy	Dissolution en case failure of the Negotiations

2. Conditions of application

The hardship or impracticability will also be very common in the coronavirus crisis; indeed, the difficult circumstances in which the coronavirus entails us, will often make it much more difficult to perform the contract; for example, as a result of containment measures (telework, containment measures) the execution of your services has become excessively difficult; you will be able to avail yourself of the unpresidedness; it is not expressly recognized in Belgian¹⁸ law and it is therefore highly recommended to arrange it contractually as we will explain in section III.

Let's take the example outlined above. You cannot source from China and you use force majeure; there is an alternative source of supply in Argentina but the cost is twice as high and choosing that source of supply would lead to an important loss for you; you can invoke the hardship to renegotiate the contract.

For the application of this doctrine, we can refer to what we have outlined on the unaccountableness and unpredictability in terms of force majeure. The upheaval of the contractual economy is different from the impossibility that finds application in force majeure. Indeed, execution should not be impossible but excessively onerous. This is the case in the aforementioned example of supply to Argentina.

The effect of the unforeseen circumstances doctrine is the adjustment of the contract and not the suspension or dissolution. Thus, in the example mentioned above, the price difference between the Argentine product and the Chinese product can be shared between parties, for example, in half.

¹⁸ We are not going to repeat what we have already written and we refer to the most recent article in Philippe (2020).

3. Tips for contract redaction

A short clause can be put forward:

In the event of a fundamental change in circumstances that place an unfair burden on one of the parties arising from this Protocol, the parties will consult with each other to jointly find fair adjustments to that agreement.

It does not mention circumstances, and therefore not the pandemic. If you write a clause with exemptive circumstances, you will naturally have to include the pandemic from now on. Thus, one can take the following clause:

If owing to changed circumstances **such as** changes in monetary values or discriminatory Governmental action or regulations, **pandemics** or differential customs duties unduly discriminating against the origin from which A is then supplying to B, the continued operation of which is causing undue hardship to either party, that party shall have the right to require the other party to participate in a joint examination of the position with a view to determining whether revision or modification of the provisions hereof is required and if so what revision or modification would be appropriate and equitable in the circumstances.

If the contract is concluded now, a specific provision for Covid-19 may also be provided, if its influence on the contract can be apprehended now. Thus, it can be expected that if the contractually planned source of supply is dried up, the parties will renegotiate in order to find another source of supply and share the costs.

The post-containment situation can also be accurately predicted. It is possible that the performance of the contract will be much more difficult and that a renegotiation will have to be undertaken between contracting parties.

4. Conclusions

There is no doubt that coronavirus is and will be invoked to discharge its obligations in a wide range of situations. We will witness a firework display of interrogations. One can only advise to ensure a judicious reaction of the clause, thus allowing to control, at least in part, uncertainty.

References

Brucher, C.E. (2020). La force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19? *Contrats Concurrence Consommation*, N.º 4, Avril, étude 5.

Cornelis, L. (2000). *Algemene theorie van de verbintenissen*. Antwerp: Intersentia.

Cabrillac, R. (2002). *Law of obligations in private law series*. Paris: Dalloz.

Fontaine, M. (1984). Portée et limites du principe de la convention-loi. In *Les obligations contractuelles*. Bruxelles Editions du jeune barreau.

Glansdorff, F. (2019). Force Majeure, J.t., 2019/18, N.° 6772, spec. N.° 19.

Gouden, Marc (2012). Aménagements contractuels de la responsabilité. In Philippe, Denis (Ed), *La rédaction des contrat internationaux. Conseils aux praticiens & approche de droit comparé*. Bruxelles: Bruylant.

Heenen, J. (1957). La responsabilité du transporteur maritime et la notion de force majeure. In notes Cass. April 13, 1956, RCJB, 94.

Higny, M. (2020). Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au coronavirus, J.T.

Kohl, B. (2012). Chapter I – The essential elements of the sale. In *The sale of real estate*, Chapitre I – Les éléments constitutifs de la vente. In *La vente immobilière*. Bruxelles: Éditions Larcier.

Philippe, D. (1986). *Changing circumstances and upheaval of the contractual economy*. Bruylant.

Philippe, D. (2017). Temporary force majeure and the suspension of contractual obligations. In *The law of obligations in the company*. La Chartre.

Philippe, D. (2020). La théorie de l'imprévision. In P. Ancel & A. Prum (Eds), *Reforming contract law: comparative analysis around Luxembourg law*. Éditions Larcier.

Van Oevelen, A. (2008). Overmacht en imprevisie in het Belgisch contractenrecht 'Force majeure and imprevisie in Belgian contract law. *TPR*, 608, N.° 5.

Vanden Berghe, O. (2009). Chapter 4 – Force majeure. In *De duur en het einde van handelscontracten beheren – Gérer la durée et la fin des contrats commerciaux*. Ghent: Larcier Publishing House.

Wéry, P. (2011). Sous-section 3 – La cause étrangère libératoire, la théorie des risques et l'imprévision. In *Droit des obligations – Volume 1*. Bruxelles: Éditions Larcier.

Remarks on the effects of the pandemic on long-term contracts

Guido Alpa

Sapienza Università di Roma

1. The diffusion of the Corona-virus as an event of *force majeure* and as a reason for provisions that constitute *factum principis*

The Coronavirus epidemic was defined as an «emergency» by decree-law no. 6 of 23 February 2020 n. 6¹ and a *pandemic* by the World Health Organisation; on 20 March 2020. This Organisation stated that «The Covid-19 emergency committee has agreed unanimously that the epidemic still constitutes an international public health emergency»,² and on 4 May it added that it is still a global public health emergency.³ These declarations, formulated internationally, shape a situation that can certainly be considered as an event of *force majeure*: it is unforeseeable and exceptional and uncertain in its duration.

In Italy the first provisions were adopted by the Government, in the form of Prime Minister's decrees and then in the form of Council of Ministries decrees, and also by individual Ministries, in the form of ministerial decrees; the Parliament was involved in conversion of those decrees into statutes. Support was given to the sanitary system, to business in form of tax credits, to big firms in form of guarantees, according to the Law-decree n.34/2020.

Many limits were introduced to individual freedoms, to commercial businesses and to professional activities.

To react to the effects of the pandemic, we wondered whether it was preferable to introduce one or more statutes concerning long term contracts, or to leave the solution of all questions to the civil code.

And we wondered also whether in the past there had been similar events to the situation caused by Coronavirus and how the legal system had reacted.

If we look at the provisions enacted during the Second World War, we find limitations on matters of property, that have left trace in the civil code, such as confiscation and rationing. If we go back in time, during the First World War we note

1 Containing «Urgent measures for the containment and management of the COVID-19 epidemic emergency», converted, with amendments, by law no. 13 of 5 March 2020, subsequently abrogated by decree-law no. 19 of 2020 with the exception of article 3, paragraph 6-bis, and art. 4.

2 Source: WHO Website.

3 According to the data distributed by the WHO, on 20 May 2020, there were 4,761,559 infections and 317,529 deaths (Health Emergency Dashboard).

that intense legislation regarding contracts was resorted to,⁴ and that, for example, rental contracts were amended, establishing the extension of contracts and the fixing of rental fees.

In other terms, for reasons of public benefit it was considered necessary to intervene on contractual freedom of the parties, limiting it, with specific, extremely detailed provisions.

The Italian legislator has not followed this model. Also, the specific provisions, rather limited in their subject exclude the possibility that they can be applied to all contracts and all circumstances; from here the inapplicability of a single criterion⁵. The first doctrinal interventions pointed in this direction.⁶

The only general provision which could be considered of general tenor has been art. 3 of Law-decree n. 6/2020, which says that the observance of epidemic measures shall be taken in consideration in evaluating cases of late or partial payments.

According to the first commentators, this provision should exonerate the debtor from negligence for delays in performance. However, if the rules of supervening impossibility are applied, the solution is identical to the one already provided for by the code.⁷ And therefore this rule does not add much to the result that can be reached without it.

For matters concerning contracts the solution has therefore remained entrusted to the civil code⁸ without prejudice to the caveats which will be referred to below.

According to the general principles of private law, limitations to contractual autonomy provided for by a public body constitutes a *factum principis*, that exonerates the debtor from fulfilling his obligations and excludes any negligence. *Force majeure* which puts the debtor in the situation of not being able to resist the

4 For some references, see v. Cogliolo, *La legislazione di guerra nel diritto civile e commerciale*, Turin, 1917; Scialoja, *I problemi dello Stato italiano dopo la guerra*, Bologna, 1918; *Le prolusioni dei civilisti* (The prolusions by civil law experts) are interesting, collected by Perlingieri (P.) and Tartaglia Polcini, Naples, 2012, where Vassalli (F.), *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, p. 1697; Ferrara sr., *Diritto di guerra e diritto di pace*, p. 1727; Ascoli, *I Trattati di Versailles e di St.Germain e i principi di diritto civile*; for an accurate reconstruction of this emergency law, see Moscati (L.), *La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana*, in *Riv.it.sc.giur.*, 2016, p. 349 following.

5 Sparano, *Effetti della pandemia sui contratti*. Tesi dell'unitarietà, in *Giust.civ.com.*, 2020. Fasc. Speciale Emergenza Covid-19.

6 See, among the first ones, the essays published on *Giust.civ.com*, including, of a general nature, Gentili, *Un proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*; Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista?*; Benedetti, *Il «rapporto» obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?*; Verzoni, *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al COVID-19*; Di Raimo, *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito)*, mentre la notte è ancora fonda, *ivi*.

7 For the first comments, see Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, Fascicolo speciale, *cit*.

8 See II Leg. Decree N.° 18 of 2020 containing measures to support employment, on contracts of legal patronage (Chapter V, further measures - art.83 and following, suspension of hearings/proceedings), on contracts for holidays and purchase of tickets to access shows of any kind (art. 88) and on some public tender contracts (art. 91 that added paragraph 6-*bis* to art.3 leg decree no. 6 of 2020, converted, with amendments to law N.° 13 of 2020).

event (*cui resisti non potest*) is another exemption of debtor's liability. Here there is not an order but a natural event and breach is due to an external cause; but the natural event should be unforeseeable.

A natural predictable event, such as hail or frost, is not in itself an exempting reason for the debtor's liability. Roman jurists already considered this problem and had resolved it by taking into consideration the extent of the fortuitous event and its unpredictability. It is another matter if the force majeure has an abnormal impact.⁹

Parties may negotiate risk' allocation.

In the event in which the parties have divided the risks deriving from unforeseeable events, the *factum principis*, even if intervening, does not exonerate the debtor: on this matter, the Court of Cassation, in a principle issued sixty years ago, and never amended, stated that "to be exempt from liability due to breach, the debtor cannot invoke the impossibility of the performance, even if due to *factum principis*, when the contract includes the possibility of the occurrence of an event that prevents performance and the debtor has willingly assumed the risk for himself or when the debtor has willingly placed himself in the condition of being subject to a possible mandatory measure".¹⁰

2. Personal performance and protection of fundamental rights

The «Corona virus decrees» have made reference to modes of rendering an employment contract, and the largest number of lawyers' contributions have been collected on this matter.¹¹

It is, however, clear that in long term contracts in which the rendering of a physical performance was provided for, that implied the debtor's exposure to the risk of the virus, to the contact with other persons, to a workplace not safe, to traveling by public transport, the performance cannot be demanded by the creditor. Its execution would put the performer's life or health in danger, and the protection of the fundamental rights of life and health exempt the debtor from his obligation: the performance cannot be demanded according to the principle of good faith (art. 1175 and 1375 civil code¹²). And this at least for the entire period of time in which the epidemic continues, or until the moment in which provisions supervene

9 The French Civil Code provides that «Si le bail est fait pour plusieurs années, et que, pendant la durée du bail, la totalité ou la moitié d'une récolte au moins soit enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise du prix de sa location, à moins qu'il ne soit indemnisé par les récoltes précédentes» (art.1769).

This rule derives from Roman Law. Roman jurists pondered the matter in reference to the leasing of agricultural holdings. In particular, if the owner had to reduce the rental fee when the harvest was destroyed by a force majeure event, such as frost, hail, flooding. The response was positive, but only when the destruction depended on an extraordinary natural event: Ulpiano, comment L.15, §2 loc. cond.

10 Court of Cassation N.º 2979 of 09/11/1960.

11 See the special dossier cited above.

12 Art.1175 Italian Civil Code: *Fair behaviour*. The debtor and the creditor shall behave according to rules of fairness. Art. 1375: *Performance according to good faith*. The contract shall be performed according to good faith.

that authorise the return of activities in safe conditions.¹³ The contract providing a performance that places the worker's life or health at risk is against mandatory rules and public order, and must therefore be considered null and void, due to the illegality of the content of the contract. However, in this case too it is necessary to take into consideration the circumstances given.¹⁴

3. Temporary supervening impossibility. Suspension of contracts and withdrawal

In order to ascertain that the debtor's breach does not imply any sanction, the civil code requires that (i) the performance has become objectively impossible and that (ii) the debtor is not at fault. This result is reached by coordinating articles 1218 and 1256, due to which:

Art.1218. *Liability of debtor.* The debtor who does not exactly render due performance is liable for damages unless he proves that the non-performance or delay was due to impossibility or performance for a cause not imputable to him.

Art.1256. *Definitive impossibility and temporary impossibility.* An obligation is extinguished when its performance becomes impossible for a cause not imputable to the debtor.

If the impossibility is only temporary the debtor is not liable for delay in performance as long as it continues to exist. However, the obligation is extinguished if the impossibility continues until, depending on the source of the obligation or the nature of its subject matter, the debtor can no longer be held bound to perform the obligation or the creditor is no longer interested in the performance.

On this matter, the Court of Cassation has stated that:

The debtor's liberation due to supervening impossibility of performance may only occur, according to the provision of articles 1218 and 1256 c.c., if and when the objective element of the impossibility to render the performance itself, considered alone, and the subjective element of absence of malice by the debtor in causing the event that has made the performance impossible both exist.¹⁵

Having ascertained the impossibility and the imputability, it is therefore necessary to verify whether the impossibility is permanent or only temporary.

As stated at the beginning, the pandemic emergency does not yet have a precise definition of time. So issuing legislative provisions —by which the restrictions to

13 A contract for services that are infringing fundamental rights - also with the consent of the interested party - would be null and void due to violation of dignity and public order: Marella, *Il fondamento della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto dei contratti*, in *Riv.crit.dir.prov.* 2007, p. 67 and following.

14 As occurs in the case of work performed on a public holiday: Court of Cassation 2001. 2009

15 Court of Cassation 2018, n. 14915.

personal liberties due to reasons of public safety have been partly superseded—must be evaluated case by case, with reference to the specific circumstances.

In the event that the debtor does not fulfil obligations —legitimately— for the stated reasons, the creditor in turn can refuse to fulfil his obligations. It has, in fact been stated that

exercising the exception of breach ex article 1460 civil code,¹⁶ that can also be applied in reference to contracts of continuous or periodic execution, and also for associated contracts, is separate from the responsibility of the counter-party, as the interest of the party in not carrying out his performance without a counter-performance merits protection, and this in order to prevent a situation of inequality for the counter-party; thus, said exception can be granted also in the event in which the breach depends on the supervening relative impossibility of performance due to reasons that are not imputable to the debtor.¹⁷

In long term contracts, in which performances may be divided, split, subject of separate deliveries, the performances already carried out are excepted and the creditor must pay the price:

The provision of article 1458, paragraph one, civil code, for which, in long term contracts, the effect of the termination does not extend to the performances already carried out, does not mean that the breaching party has the right to a counter-performance, considering the fact that the non-retroactive mode of the termination concerns performances «carried out», not those «not carried out», not nullifying the need to observe the bilateral nature or the regulations of the termination.¹⁸

In the event of temporary impossibility, it is the creditor who must prove that he has no interest in maintaining the contract, the effects of which are suspended, and in this case the creditor can legitimately withdraw, ex. Articles 1256 para. 2 and 1464 of the Italian Civil Code. The code balances the parties' interests, again from an objective point of view, pursuing the certainty of private engagements and their functionality for market needs.

This implies that the contractual relationship must be preserved,¹⁹ as the relationship itself is a value, as the parties have incurred costs and taken time to be able to establish it, and have also made plans to enjoy its effects. Moreover, because the debtor could still perform the service in the future. And also because the delay may be worthwhile for the creditor.

16 It is 'exceptio inadimpleti contractus'. Art 1458. *Defence based upon non-performance*. In contracts providing for mutual counter-performances, each party can refuse to perform his obligation if the other party does not perform or offer to perform his own at the same time, unless different times for performance have been established by the parties or appear from the nature of the contract.

17 Court of Cassation 2007 no. 21973.

18 Court of Cassation 2012 no. 22202.

19 In the interpretation of contracts, art. 1367 provides that the contract or its clauses shall be interpreted in a way in which it could have some effects instead another one according to which it could have none.

Calculating advantage is not left to the creditor's arbitration: his interest in not continuing with the contract is subject to evaluation by the judge, who takes into account the nature of the performance and the circumstances of the case to examine the choice of the party that has withdrawn from the contract.

As the suspension of the contract must not benefit the debtor to the creditor's detriment, so withdrawal must not benefit the creditor to debtor's detriment.

4. The supervening excessive onerosness of the performance

Always in a general perspective, the pandemic could raise costs and prices damaging one party, or preclude to it the opportunity to make profits. In long-term contracts this implies a supervening imbalance between the performances: the performance due by one party becomes excessively onerous.

About excessive onerosness, the Italian Civil Code provides:

Art.1467. Contract for mutual counter- performances. In contracts for continuous or periodic performance or for deferred performance, if extraordinary or unforeseeable events make the performance of one of the parties excessively onerous, the party who owes such performance can demand dissolution of the contract, with the effects set forth art.1458.

Dissolution cannot be demanded if the supervening onerosness is part of the normal risk of the contract.

A party against whom dissolution is demanded can avoid it by offering to modify equitably the conditions of the contract.

First of all, it must be ascertained whether the contract stipulated between the parties is for continuous or periodic performance, and therefore is a long-term contract. What is relevant it is not that the event has caused a considerable increase or decrease in the value of each performance considered per se, but rather an imbalance of performances, i.e. a variation in value considered in reference to the bilateral relationship.

However, there is doubt that the debtor could invoke the rules of excessive onerosness in these cases connected with the effects of the pandemic. The sum due is not reduced or increased in value, it remained the same; indeed, what has changed is the value of the counter-performance for the debtor; but his possibility to pay cannot be a burden on the creditor.²⁰

Onerousness does not automatically imply difficulty in payment for the debtor; it solely implies an abnormal bilateral relationship, or rather a non-normal risk. The debtor cannot impose on the counterparty to assume the risk (or part thereof) for the sole reason that it has become more difficult for him to carry out the performance. In our case, on a general level, there has not even been a monetary devaluation²¹ and

²⁰ Gentili, op.cit.; Salanitro, La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del corona virus, in Giust.civ.com, Fascicolo speciale cit.; Morello, Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice civile, ivi.

²¹ Court of Cassation 1995 no. 369.

listings on the stock exchange quotations, that initially decreased considerably due to the impact of the pandemic, began to rise again after a few days.

In order to apply the rules of excessive onerousness, the impact must be of a considerable extent; the simple oscillation of prices is a normal contractual risk, which the debtor cannot benefit from: «The normal risk of a contract that, according to paragraph two of article 1467 Italian civil code, does not validate the dissolution due to supervening excessive onerousness, also includes fluctuations in value of the performances that originated from the regular and normal market fluctuations».²²

It is therefore a complex evaluation, as the Court of Cassation underlines:

The matter of applicability, to a given contract, of art. 1467 civil code on supervened onerousness must be resolved by the judge, with specific reference to the actual case and the action actually brought, being obliged, for this purpose, to not only consider the nature and structure (from a pure classificatory point of view) of the contract on which termination is requested, but also the modes and times of fulfilling the reciprocal performances connected with the contract itself.

Therefore, besides the nature and structure of the contract, seem to be relevant also the modes and times of fulfilling the reciprocal performances connected with the contract itself.²³

In order to avoid the termination of contract, that is the effect of the application of art. 1467, the creditor may offer to the counterparty a fair reduction of her performance:

Art. 1467 civil code does not force the respondent, who wishes to avoid the termination of the contract, to offer an amendment to the conditions of the contract such as to precisely re-establish the balance between the respective positions that existed at the time of conclusion, considering the fact that by logically combining the three paragraphs of the article in question, one can deduce that the supervening onerousness of the considered performance gives the right to termination solely if it is excessive (paragraph 1) and does not come under normal risk of the contract (paragraph 2), with the consequence that the offer to amend the contract is to be considered fair if it returns the contract to a bilateral dimension that, if it had existed at the time of the conclusion, the burdened party would not have the right to request termination.²⁴

The amendment to the economic terms can only be requested by the respondent party in the proceeding²⁵. And in contracts where both parties are creditors and debtors, it lies with the respondent, i.e. the party that holds the role of respondent, to offer the reduction to fairness, while the burdened party cannot request it, and can only request termination of the contract, should the prerequisites exist.

²² Court of Cassation 2003, no. 11200.

²³ Court of Cassation 2003 N.° 11947.

²⁴ Court of Cassation 1992 N.° 247.

²⁵ Court of Cassation 2000 N.° 46.

5. Contracts for pecuniary obligations

As previously stated, no all-encompassing rules can be dictated for all types of contract and in all circumstances. Some demonstrative examples are provided below.

It is certainly correct to maintain that fulfilment of the obligations to give a sum of money or a fungible item is always possible and that it never implies excessive onerousness: *genus numquam perit*; also, paying the amount in legal currency is never excessively onerous.

And it is correct to maintain that the application of the principle of social solidarity²⁶ and the principle of good faith cannot constitute the grounds for a reduction of the payment or for the suspension of payments: if the performance is possible, if there are no fluctuations in price that are considered to be excessive, demanding fulfilment is legitimate and the debtor cannot ask for the contract to be terminated.²⁷

Evaluations must therefore be made type by type and bearing in mind the circumstances of how matter lie. For specific long-term contracts, the civil code has weighed up advantages and disadvantages, profits and losses suffered by the parties, and has introduced corrective measures that serve to preserve the contract under fair conditions. However, these are corrective measures regarding specific contracts, that cannot be extended to all, jointly and mechanically.

6. *Force majeure, factum principis* and special contracts. Leases and rental

Leases have received particular attention. For residential leases, it has been asked - with regard to the prohibitive measures aimed at containing the pandemic-whether the ban on travelling from one Region to another, and, for the first two months of lockdown, the ban on all travel, influenced current leases of houses used by the tenant for this holiday. The fact of not being able to travel to a holiday home is completely separate to the contractual relationship, as the asset is still available to the lessee and the owner cannot use it freely, in the lessee's absence. A fortiori when the house is full of furniture and items belonging to the tenant: it is unavailable to the owner and therefore the contract cannot be terminated. Likewise, it is not applicable art. 1583 that provides for the reduction in payment for repairs to the item that prevents enjoyment by the lessor. Here, the item has no flaws or need for repairs.

In addition, in this case *factum principis* implies the ban of moving from one place to another, but it does not concern the use of holiday homes; the travelling

26 Provided by Italian Constitution by art 2, concerning the principle of social solidarity, which may be applied by the judge, as ruled by Constitutional Court, ord. 2013, n. 248 and 2014, n. 77.

27 Gentili, op.cit. §§ 3 and following. On risk, see Bessone, Adempimento e rischio contrattuale, Milano, 1969; Alpa, Bessone, Roppo, Rischio contrattuale e autonomia privata, Napoli, 1982; ALPA, *Rischio contrattuale (Diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milan 1999, 1144 following.

of people from the city to their holiday destination is not a good reason to escape one's obligations.

But what if the mayor orders have prohibited living in dwelling in the municipality during the period of the pandemic? This is certainly a *factum principis* that affects non-residents, and their impossibility to live in town becomes an impossibility to use the house, a good reason to avoid payment of lease fees all the time of the ban.

The case of a property leased for commercial use is more complicated.

When the lease implies access to the public, and the public cannot access the property due to limits of movement established by the authorities, or if there has been a ban on opening, the lessee cannot use the premises that he has leased, and cannot carry out an activity that requires contact with the public. This is the case of hotels for which a specific restriction of use exists. Closing a business concerns the activity, and the risk falls on the hotelier, closing the building concerns the property, and the risk concerns the owner.

In both cases, the remedies offered by the civil code are not sufficient to divide the risk equally. Nor can one say that it is preferable that the risk falls on the owner rather than not on the entrepreneur, as both the interests are worthy of protection; moreover, the owner could be an entrepreneur in turn, he could rely on payment of the rental from his tenant to in turn pay other rentals or instalments of a mortgage or of a loan that must be paid back.

A distinction has been proposed if the *factum principis* falls on the business activity, the risk weighs on the business owner (entrepreneur or professional); if it falls on the property, as it has been ordered to close, then the risk falls on the landlord.²⁸ The result should be: let the risk fall according to the fate.

However, this solution is not totally satisfactory: if business cannot be conducted, the ban affects the entrepreneur, obviously, but the owner must guarantee enjoyment of commercial use; something he cannot do, as commercial activities are not permitted for his tenants; it is true that in this case, it is not a matter of faults in the property (as would be the case if the property did not have a certificate of fitness for use) and therefore the prohibition is not connected with the property itself, but it is also true that the tenants are prohibited from doing business for an external reason that is not imputable to them.

Contact with the public, knowledge of the business premises by the public, the conduction of the business activity in that location, the use of the hallmark of the firm, are all elements that contribute to consolidating goodwill. Ordinarily, the lessee has the right to indemnity when the contract is terminated; indemnity that doubles if the lease for the carrying out of a business similar to the one already carried out. In other terms, the carrying out of commercial activity is a value that favours the owner when he re-leases the property.

However, it is fair that the risk falls on the professional or on the entrepreneur who are lessees when they can carry out their business anyway, even if in worse conditions that normally occurs: they can resort to remote working, that is organised in the leased premises, or carry it out in contact with the public mode that allows

²⁸ Salanitro, *op. cit.*

the sale of the product or service, as is the case of restaurants, pizza parlours, and bars that make food and drink to take away.

Professionals who can carry out their business remotely find themselves in this situation. The case is different for those professionals, such as doctors, dentists, private clinics, who need contact with the patients to be able to carry out their work.

These cases indicate that the risk must be administered jointly, and that the choice that the risk falls on one or the other party according to destiny does not correspond to reasons of fairness. This is why authors suggest to apply the principle of good faith or the principle of solidarity (provided by art. 3 of the Constitution) in order to share the risk between the parties dictated by exceptional circumstances.²⁹

A special rule is provided by the civil code in cases of renting a productive thing: it could be a field, a workshop, something that gives products per se. In this case, if an order from the authorities affects productivity (it is clearly a case of *factum principis*), and the parties respectively suffer a loss or an advantage, it is possible to request an increase or a reduction in the rental fee (article 1623): it suffices that the imbalance is notable: In this case, it is not the favoured party that must offer the reduction to fairness, but the disadvantaged party that, resorting to an action similar to the action *quanti minoris* of a sale, can ask the judge to rebalance the performances.

7. Contd. Procurement contract

With regard to procurement contracts, the civil code contains rules that are less rigid than the ones examined, as they take into consideration variations that may supervene, not due to external circumstances, but due to decisions by each contracting party: e.g. variations in the project and the extent of the work (art. 1660) allow the party that sees a reduction in profit to withdraw, with the right to a fair compensation.

If the variations depend on external circumstances, such as a geological surprise, the contractor that sees the onerousness of his performance increased can request fair payment (art. 1664).

The case of the pandemic, with its possible effects on rising prices, may come under the application of the cited rule that provides for the possibility, for the party encumbered by the increase or by the decrease in the cost of materials or labour, on the condition it is higher or lower than one tenth of the agreed price, to ask for the prices to be reviewed, consistent with exceeding the tenth.

However, if the parties have established a fixed price and not a unit price, the variations caused by unforeseeable external agents are not relevant.³⁰

In case of excessive onerousness of execution of the work due to supervened extraordinary and unforeseeable events it is allowed to take in account the need of

²⁹ Macario, *op. cit.*

³⁰ Court of Cassation no. 18559 of 9/9/2011.

the damaged party³¹. This also happens with increases in the cost of materials and labour.³²

8. The emergency rules and regulations and the need to introduce a provision on renegotiation

The Corona virus has highlighted the insufficiency of the rules provided by the civil code that foresees the hypothesis of suspension of the effects of a contract due to unforeseeable and exceptional external circumstances but allows the creditor to invoke withdrawal.

In the event of supervening unforeseen circumstances that make performance impossible, or more onerous, also if temporarily, parties are not compelled to renegotiate.

The obligation of renegotiation was provided for by the Government in a bill of law revising the civil code that was filed some time ago (Bill of law 19 March 2019, Senate Records, no. 1151), and it would be advisable that the approval of the provision on renegotiation to be brought forward.³³ There may also be a solution entrusted to mandatory mediation and negotiation via professionals, including long-term contracts in the realm of areas entrusted to these terms of extrajudicial settlement of disputes.

31 Court of Cassation 11469 of 21/12/1996.

32 Cass. 8949 of 29/8/1990.

33 In this sense, see the proposals drawn up by the Association of Italian Civil Law Specialists, to which the cited doctrinal contributions refer.

**Legislatore e giudice nel Governo delle
sopravvenienze contrattuali originate dalla
pandemia COVID-19**

Claudio Scognamiglio
Università degli Studi di Roma – Tor Vergata

Il discorso culturale e filosofico sulla pandemia COVID – 19, così come svoltosi fino ad ora, sia pure nei limiti propri di un’elaborazione di pensiero condizionata —quanto a possibilità di approfondimento— dall’urgere della situazione, si è attestato, a volerne tentare una descrizione decisamente approssimativa, su due polarità contrapposte. La prima vede nella pandemia, e soprattutto nella gestione di essa da parte dei singoli Stati, l’occasione per il delinarsi di uno stato di eccezione, tale da determinare una preoccupante sospensione delle libertà fondamentali, e —più in generale— un’indebita compressione delle situazioni giuridiche soggettive dei privati, anche a contenuto patrimoniale, forse neppure strettamente giustificata dall’emergenza in atto;¹ la seconda, invece, legge l’emergenza sanitaria, e le – pur nel breve periodo (e, probabilmente, anche nel medio) —drammatiche ricadute economico— sociali della medesima come la possibilità per dare ingresso, in futuro, ad un assetto della produzione e degli scambi più equo e sostenibile² o, quanto meno, per delineare una società complessivamente ‘migliore’ (anche se non sempre è chiarito in maniera appena precisa rispetto a quale parametro essa dovrebbe dirsi tale) di quella colpita dalla pandemia.³

1 Il riferimento è all’intervento di G. Agamben (22 febbraio 2020), del quale si deve peraltro sottolineare la datazione, collocata in un momento nel quale la reale, ed estremamente drammatica, dimensione del fenomeno non era tale da poter essere chiaramente percepita.

2 Si inscrivono in questa linea di pensiero, tra gli altri, S. Žižek (in progress), con accentuazioni un po’ ingenuamente palinogenetiche e P. Mason (3 aprile 2020), il quale ha sottolineato come l’epidemia abbia consentito di introdurre con estrema rapidità misure che sembravano fino a poche settimane prima impensabili: «pagamenti universali, salvataggi statali e finanziamento dei debiti pubblici da parte delle banche centrali sono stati adottati con una rapidità che ha scioccato anche chi normalmente sosteneva queste misure». Dal canto suo, Y. N. Harari (27 marzo 2020), sottolinea, in termini forse non particolarmente originali, che «le decisioni che le persone e i governi prenderanno nelle prossime settimane probabilmente incideranno in profondità sul mondo per anni».

3 Può essere interessante ricordare, per il ‘peso’ semantico che l’origine delle parole talora può avere, che – come si legge in K. Kerényi (2010, p. 204), epidemia vuol dire, etimologicamente, qualcosa in grado di sopraffare, arrivando in un luogo, in origine un dio, appunto Dioniso, più ancora che una malattia. In altre parole, una vicenda che sconvolge la vita, ma, dal punto di vista del culto dionisiaco, in termini positivi di apertura e di liberazione dell’io dai legami che, in precedenza, ne ostacolavano l’esplicazione. Nota G. Vettori (2020), che «l’emergenza planetaria ha determinato un mutamento radicale nella vita di tutti. Parole simbolo di un’epoca hanno perso il loro significato ordinante. La pandemia ha accelerato la fine di una narrazione planetaria sulla globalizzazione. Con effetti imprevedibili sugli assetti politici del mondo e sulla vita delle persone».

Ricollegandoci subito a questa seconda possibile chiave di lettura del fenomeno, anche nell'ambito della riflessione dello studioso del diritto civile non sono mancate, in queste settimane, considerazioni circa quella che potrebbe essere la lezione del coronavirus,⁴ fino ad ipotizzare di quest'ultimo perfino un'anima buona: non in quanto tale, evidentemente, ma come innesco dell'accelerazione di processi evolutivi e di innovazione del sistema normativo di segno tendenzialmente positivo⁵ e che, in mancanza della pandemia, avrebbero richiesto tempi di sviluppo assai più dilatati.⁶ Ed un discorso analogo sembra riferibile anche allo specifico problema al quale vogliamo dedicare qualche cenno in questa sede: e cioè il governo delle sopravvenienze contrattuali, riguardato dal punto di vista peculiare del ruolo che, con riferimento ad esso, possa essere giocato, rispettivamente, dal legislatore e dal giudice.

E' fin troppo noto, al riguardo, che la situazione economico-sociale determinatasi a seguito della pandemia COVID-19, e la sua incidenza sui fenomeni dell'esperienza giuridica, hanno sollecitato nella nostra civilistica un dibattito già ricchissimo⁷ e che proprio sul piano del problema delle sopravvenienze contrattuali ha trovato uno degli

4 Cfr., per un'impostazione di questo genere, G. Grisi (2020).

5 Si pensi, ad esempio, in ambiti ovviamente assai diversi l'uno dall'altro alla modalità di prestazione del lavoro subordinato agile o c.d. *smart* ovvero alla sempre crescente diffusione del commercio *on line* o dei pagamenti che prescindano dall'uso del contante: fenomeni che certamente, e senza volerne comunque sottovalutare anche le implicazioni potenzialmente negative, posso prestarsi ad un giudizio in termini di incremento dell'efficienza complessiva del sistema della produzione e degli scambi.

6 Un'evoluzione accelerata analoga, sul versante dell'accreditamento di una nuova idea di solidarietà, sembra quella prefigurata da U. Mattei – A. Quarta (7 maggio 2020), dove si sostiene che «l'emergenza sanitaria obbliga a riflettere su un principio di solidarietà che non operi soltanto *a posteriori* ma, in nome di una sua connessione con la comunità, intervenga anche *a priori* e quindi come strumento di conformazione del contratto, iscritto nella sua stessa causa», dovendo, da questo punto di vista, venire in considerazione una sorta di «solidarietà proattiva capace di declinare *ex ante*, in modo strutturale, tutto fuorché rugiadoso, un progressivo passaggio da una società estrattiva ad una generativa ed ecologica».

7 La circostanza che si tratti, per la gran parte, ed inevitabilmente, di interventi su riviste *on line* rende pressoché impossibile fornire un quadro di citazioni davvero aggiornato degli stessi: si considerino, comunque, gli scritti raccolti nel primo volume dell'e-book, *Emergenza Covid-19. Speciale. Uniti per l'Italia* (Milano, 2020), e, all'interno di esso, gli scritti di F. Macario (27 marzo 2020); S. Verzoni (27 marzo 2020); A. De Mauro (27 marzo 2020); V. Cuffaro (31 marzo 2020); F. Gigliotti (1 aprile 2020). Cfr., poi, gli scritti successivamente pubblicati su *Giustiziavivile.com*, di A. M. Benedetti (3 aprile 2020); di R. Di Raimo (9 aprile 2020); di D. Maffei (10 aprile 2020); R. Santagata (17 aprile 2020); M. Zaccheo (21 aprile 2020); U. Salanitro (21 aprile 2020); M. Maugeri (22 aprile 2020); E. Bellisario (27 aprile 2020); R. Morello (27 aprile 2020); G. Sparano (28 aprile 2020); A. Gentili (29 aprile 2020); A. M. Benedetti (29 aprile 2020); S. Landini (4 maggio 2020); R. Franco (6 maggio 2020); L. Guerrini (7 maggio 2020); U. Mattei – A. Quarta / maggio 2020). Cfr. anche A. Benedetti y R. Natoli (25 marzo 2020); G. Vulpiani (3 aprile 2020). Un quadro già molto accurato è quello offerto, poi, da F. Piraino (2020), in corso di pubblicazione in questo stesso volume; il saggio è stato consultato in bozze per la cortesia dell'Autore. In una prospettiva più ampia, sono preziose le considerazioni, attente ad una considerazione del principio di effettività declinato attraverso il prisma della clausola generale di buona fede, di G. Vettori (2020). Una situazione analoga, in termini di vivacità del dibattito, si registra, del resto, anche in tutte le altre esperienze giuridiche: un quadro abbastanza ricco è offerto dal sito «Comparative Covid Law» <https://comparativecovidlaw.wordpress.com>, attivato dalla Associazione italiana di diritto comparato e diritto pubblico comparato ed europeo. Un volume che, ad onta della natura di contributo necessariamente *instant*, racchiude scritti che presentano una discreta articolazione è quello a cura di K. Pistor (2020).

ambiti di riflessione più fertili: un tema certamente classico nella sua impostazione di fondo, ma che, ormai da quasi un quarto di secolo, è stato portato all'attenzione della dottrina italiana nella prospettiva innovativa dell'individuazione del possibile fondamento di un obbligo di rinegoziazione a carico delle parti del contratto, la cui attuazione sia stata turbata dalle sopravvenienze.⁸ Ed in effetti l'entità degli sconvolgimenti determinati dalla pandemia in corso pare davvero rappresentare un terreno di esplicazione privilegiato per un discorso sulle sopravvenienze contrattuali, proprio perché in quegli sconvolgimenti è possibile cogliere integralmente gli aspetti che fanno delle sopravvenienze un problema di particolare spessore del diritto dei contratti. Scontato il fatto che gli sconvolgimenti in questione discendano da circostanze del tutto imprevedibili e collocate al di fuori del potere di controllo delle parti contraenti, assume anche rilievo, al fine di rendere particolarmente stimolante il dibattito su di essi, l'idoneità degli stessi ad influenzare l'esecuzione di un numero elevatissimo di relazioni contrattuali ed in particolare di quelle che, prese singolarmente, implicano spostamenti di ricchezza di valore modesto. Proprio quelle, dunque, per le quali il regolamento pattizio non avrà verosimilmente contemplato clausole in grado di offrire una risposta al problema della sopravvenienza⁹ e che, dunque, in assenza di una risposta sul piano delle fonti autonome di regolazione del rapporto, ne richiedono una da parte delle fonti eteronome; e qui si coglie l'interesse peculiare del taglio che si intende dare, in questa sede, al tema, imperniato appunto sulla preminenza che deve attribuirsi in questo contesto all'intervento del legislatore, tale in ipotesi da consentire una soluzione, che, se correttamente attuata, può attingere il livello del sistema, ovvero alla risposta del giudice, calibrata sulle peculiarità del singolo problema.

Vi è, poi, un ulteriore elemento che rende particolarmente significativa, nella prospettiva di una riflessione sulla questione delle sopravvenienze, la situazione attuale: e cioè il fatto che essa, proprio per la sua portata generale, consente di apprezzare la maggiore efficienza di rimedi di portata manutentiva del regolamento contrattuale perché in grado di assicurare ad entrambe le parti, sia pure in ipotesi soltanto in parte, l'utilità discendente dall'attuazione del rapporto, così evitando la perdita economica che, per ciascuna di esse (e, infine, con effetti cumulati per il sistema), deriverebbe dalla caducazione totale dell'operazione di scambio. Ed infatti la peculiarità della contingenza economico-sociale in atto consiste proprio nel fatto che essa coinvolge (se non altro indirettamente, e cioè a seguito dei provvedimenti normativi di contenimento che hanno sospeso la quasi totalità delle attività economiche e produttive) una percentuale davvero molto significativa dei rapporti contrattuali in corso, così facendo della sorte di ciascuno di essi un problema che è, al tempo stesso, individuale e di sistema; esprimendosi, sia pure con qualche approssi-

8 Il riferimento è all'opera di F. Macario (1996); l'Autore è tornato, nel corso degli anni, più volte sull'argomento; cfr., in particolare, F. Macario (2008, p. 1026) y F. Macario (2014, III, p. 825).

9 Non a caso, l'*International Chamber of Commerce* è prontamente intervenuta, già nel marzo di quest'anno, predisponendo una formulazione della clausola di forza maggiore (*force majeure clause*) in grado di tenere conto della sopravvenienza rappresentata dalla pandemia: si veda <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>. La stessa *International Chamber* ha aperto anche un portale web apposito per le questioni giuridiche legate alla pandemia COVID-19.

mazione, nei termini del linguaggio degli economisti, si tratta di una situazione che investe, al tempo stesso ed in misura parimenti devastante, la curva della domanda e quella dell'offerta, così rendendo necessario, anche per il civilista, ragionare su possibili soluzioni che evitino, quanto più possibile, di deprimere sia l'una che l'altra.

In un ordine di idee per certi aspetti simile, almeno nelle premesse, a quello appena richiamato, è stato osservato che la peculiarità della situazione nella quale ci troviamo consiste nel fatto che qui non vi è un vizio del contratto, ma «un vizio del mercato, nei termini di una crisi generalizzata dell'impresa per il blocco *ex lege* o per il fermo dell'economia», mentre «il diritto di parte generale del contratto, benché rimedio potente, è impotente contro i vizi del mercato e la crisi d'impresa».¹⁰

La consapevolezza della necessità di muoversi in via prioritaria, a fronte dello sconvolgimento delle relazioni contrattuali, lungo le direttrici della rinegoziazione e del mantenimento del contratto emerge dalla gran parte dei contributi fin qui intervenuti sul tema;¹¹ essa rappresenta tuttavia solo un primo livello del discorso. Quest'ultimo dovrebbe, poi, articolarsi su due piani, apparentemente distinti, ma, a ben vedere, connessi l'uno con l'altro: la individuazione delle tecniche (se affidate ad interventi normativi di riforma ovvero all'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale degli istituti esistenti) per mezzo delle quali promuovere le soluzioni di rinegoziazione e di adeguamento alle circostanze sopravvenute del rapporto contrattuale e la verifica circa la possibilità di affrontare il problema sul piano della disciplina generale del contratto ovvero a livello della regolamentazione, già in atto, o destinata in ipotesi ad essere adottata, dei singoli tipi o sottotipi contrattuali.

Chi scrive ha già avuto modo di esprimere, in un primo intervento sull'argomento,¹² la propria preferenza per un'impostazione che affidi al legislatore il ruolo di introdurre le regole in grado di offrire una risposta alle conseguenze, in termini di

10 In questo senso, A. Gentili (29 aprile 2020), il quale osserva che «non essendo un problema di crisi del contratto ma di crisi dell'impresa, si debba affrontarlo con lo strumento del diritto della crisi di impresa e non con gli strumenti del diritto dei contratti». Muovendosi in questo quadro, l'A. propone «il recupero, con una disposizione ad hoc della legislazione dell'emergenza, di quello che l'art. 1, 1° comma lett. a) della direttiva U.E. n. 1023/2019 (già vigente) definisce 'quadro di ristrutturazione preventiva', limitando tuttavia «l'applicazione di tale disposizione a quei soggetti la cui attività sia stata bloccata dal *factum principis* e per le sole obbligazioni in scadenza dalla data di efficacia delle misure di contenimento fino a (per esempio) trenta giorni dalla loro cessazione (il tempo di riavviare i flussi di cassa)».

11 Cfr., in particolare, l'impostazione di F. Macario (27 marzo 2020, 209 s.), il quale ricorda i contributi offerti già dalla dottrina dei decenni precedenti nel senso della opportunità di pervenire di fronte al fenomeno della sopravvenienza a contrattuale a soluzioni manutentive del vincolo contrattuale, sia che le stessa possano essere raggiunte per mezzo dell'accordo tra le parti, sia che ad esse si pervenga all'esito dell'intervento del giudice. Con specifico riferimento alla situazione emergenziale in atto, può essere utile rammentare che l'*European Law Institute* ha elaborato alcuni *Principles*, tra i quali il principio 13, in materia di *Force majeure and hardship*; in particolare, il co. 2° del predetto principio —la traduzione è nostra— prevede che, nel caso in cui la prestazione sia divenuta eccessivamente difficile (intendendo per tale anche l'ipotesi di un incremento significativo del costo della prestazione) a seguito della pandemia e delle misure adottate durante la stessa, gli Stati europei dovrebbero assicurare, in accordo con il principio della buona fede, che le parti avviino la rinegoziazione anche se questo non fosse stato previsto dal contratto o dalla legislazione esistente.

12 Si intende alludere a Scognamiglio (15 aprile 2020).

sopravvenienze contrattuali, dell'emergenza legata alla pandemia: e questo essenzialmente per due ragioni, una delle quali è stata in parte già evocata.

Infatti, e sotto un primo profilo del quale appunto si è già fatto cenno, le ricadute dell'emergenza sanitaria in atto (sia in quanto tale, sia come premessa all'adozione di provvedimenti normativi di varia natura che sospendano questo o quell'aspetto dell'attività produttiva o di distribuzione) si stanno producendo su una miriade di rapporti contrattuali e sono tali da determinare un effetto economico critico 'di sistema', che richiede, a sua volta, soluzioni di sistema.¹³ E questo tanto più ove si consideri che, da un lato, sarebbe assai arbitrario individuare, per classi di parti contrattuali, i soggetti sui quali debba preferibilmente ricadere il costo della sopravvenienza,¹⁴ dall'altro, la scelta di far gravare in via generale su una determinata classe di soggetti le conseguenze dello sconvolgimento dell'equilibrio contrattuale sarebbe inopportuna dal punto di vista della tenuta complessiva del sistema economico, indebolendo quella classe e sottraendole le possibilità di accesso al mercato già falciate dalle prime conseguenze della pandemia.

Nel solco di queste considerazioni, le soluzioni desumibili dalla disciplina del codice civile in materia di risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità sopravvenuta, anche quando fossero tecnicamente sostenibili fino in fondo,¹⁵ potrebbero risultare inadeguate al fine, proprio per la dimensione

13 Il punto è colto anche da C. Twigg-Flesner (2020, 155 ss., 164), il quale osserva che «the impact of the Covid – 19 pandemic is such that the number of contracts affected will be enormous. Moreover, it is just not a selected category of contracts which is affected but a wide – range of contracts across the economy. This will include many contracts which are part of contractual networks or supply chains».

14 Cfr. quanto osserva R. Morello (27 aprile 2020), sottolineando l'impercorribilità di «soluzioni semplicistiche ed emotive come suggerire la liberazione totale o parziale dei debitori in difficoltà o la sospensione degli effetti di alcuni contratti», posto che «per ogni debitore c'è ovviamente un creditore e che addossare arbitrariamente a quest'ultimo il peso della crisi in atto avrebbe effetti imprevedibili e incontrollabili». L'esemplificazione operata dall'Autore a sostegno del proprio ragionamento (sulla base del rilievo che, nei rapporti di locazione di immobili ad uso commerciale, com'è evidente investiti in modo molto intenso dall'emergenza, non necessariamente il locatore è la parte economicamente più forte del rapporto), può essere integrata con il rilievo, cui si fa cenno anche nel testo, che, nel quadro di una crisi economica di 'sistema', occorre evitare quanto più possibile ricadute sul lato della domanda di beni e di servizi. In un ordine di idee non dissimile sembra orientato anche A. Gentili (29 aprile 2020), il quale sottolinea che la peculiarità della situazione sta nel fatto che qui «non c'è alcun vizio del contratto. C'è un vizio del mercato nei termini di una crisi generalizzata dell'impresa per il blocco *ex lege* o per il fermo dell'economia», con la conseguenza che il diritto di parte generale del contratto risulterebbe inadeguato ed occorrerebbe invece guardare al diritto della crisi d'impresa. Nello stesso senso, F. Piraino (2020) osserva che «il diritto dei contratti si rivela impotente al cospetto della dimensione macroeconomica. Contro situazioni di perdurante difficoltà di pronto adempimento dei propri debiti pecuniari, l'unica efficace risposta può essere offerta dalle regole di responsabilità patrimoniale, orchestrando una reazione che guardi all'intera esposizione debitoria dell'impresa in crisi o del soggetto sovraindebitato e che miri alla ristrutturazione dei debiti ed al soddisfacimento concorsuale anche parziale». Questa impostazione pare essere alla base della proposta di regolamentazione normativa presentata dalla Associazione civilisti italiani, che si prefigge di «offrire alle imprese e ai professionisti la cui stessa sopravvivenza è messa in forse dal rallentamento dell'economia e in particolare dalle misure di contenimento uno strumento *ad hoc*».

15 Esplora con puntualità l'ambito applicativo della disciplina normativa del codice civile, nella prospettiva delle esigenze di regolamentazione legate all'emergenza sanitaria, R. Morello (27 aprile 2020). Un'analisi attenta al profilo dell'effettività dei rimedi, secondo la cifra metodologica propria dell'Autore,

assunta dall'emergenza economica nel suo complesso: e questo benché si debba concordare con la notazione secondo la quale già all'impianto originario del codice civile non è estranea la sensibilità per rimedi manutentivi del rapporto contrattuale, che ne realizzino, dunque, l'adeguamento alle circostanze modificatesi.¹⁶ Si tratta, infatti, di una sensibilità che si è venuta sviluppando, in questi ultimi decenni, grazie all'elaborazione dottrinale, a sua volta sollecitata, oltre che dalle prospettive di diritto privato europeo dei contratti, pure dal recente modello di riforma del *code civil*.¹⁷

Rimane dunque l'impressione che, pure a voler condividere le considerazioni, suggestive ed argomentate, di chi¹⁸ ha, da ultimo, esplorato le risorse del sistema del diritto dei contratti pure attraverso il prisma della elaborazione giurisprudenziale e dottrinale degli istituti codicistici, resterebbe pur sempre la difficoltà operativa di soluzioni che, proprio perché frutto di un percorso argomentativo particolarmente raffinato, ma non ancora definitivamente condiviso, potrebbero non possedere quel tasso di immediata, e possibilmente incontrovertibile, idoneità ad applicarsi ai casi concreti che appare senz'altro necessario in questo momento.

In quest'ultimo ordine di idee, e si tratta del secondo angolo visuale poc'anzi evocato, affidare la soluzione delle controversie in materia di rinegoziazione alla dimensione del singolo caso, valorizzando —nella prospettiva della decisione della controversia— gli indubbi spazi operativi che il richiamo al principio di solidarietà, come complessiva risposta 'valoriale' dell'ordinamento, dischiude quanto alla

è quella che propone G. Vettori (2020), secondo il quale «una volta riconosciuto alla clausola di buona fede integrata dai precetti costituzionali, il compito di fissare il comportamento dovuto dal debitore, potrà ritenersi inesigibile la prestazione fondata 'su un presupposto divenuto irrealizzabile'. Con la conseguenza che il rapporto sinallagmatico perderà la sua giustificazione causale e l'esecuzione della controprestazione diverrà a sua volta inutile, determinando una causa di scioglimento automatico assimilabile a quella prevista dall'art. 1463 c.c.'. Sicché il giudice potrà dichiarare l'inefficacia del contratto una volta verificata la irrealizzabilità dell'evento presupposto e dunque la sopravvenuta carenza di ogni legame causale fra le prestazioni».

16 In questo senso, si veda, in particolare, e limitando volutamente le citazioni a quelle della dottrina formata fin qui sul diritto dell'emergenza Covid-19, E. Bellisario (27 aprile 2020), la quale, pur dando atto della circostanza che la disciplina codicistica della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è ancora ispirata ad una logica che privilegia il momento della risoluzione del vincolo contrattuale, rispetto a quello in ipotesi conservativo dello stesso, ipotizza la possibilità di invertire, in chiave ermeneutica, la posizione di subalternità dei rimedi manutentivi.

17 Sul punto, ed anche qui circoscrivendo le citazioni agli scritti originati dalla riflessione sulla pandemia in atto, cfr. F. Macario (27 marzo 2020, 211); una messa a punto sintetica, ma completa, delle questioni che l'emergenza Covid-19 ha innescato nell'ordinamento francese, si legge in J. Heinich (2020, p. 611 ss). Rimane, dunque, isolata, nell'ambito dei vari sistemi giuridici europei, la posizione del *common law* inglese, non solo refrattario ad accreditare l'idea che la *hardship* possa derivare dal semplice maggior costo finanziario della prestazione, ma anche incline senz'altro a privilegiare il rimedio che risolve il contratto, così 'liberando' le risorse che in esso erano state impiegate e consentendone una diversa destinazione: cfr., per una assai sintetica ricognizione, proprio all'interno di una riflessione sull'emergenza Covid-19, C. Twigg-Flesner (2020, p. 161).

18 Si intende alludere ad E. Bellisario (27 aprile 2020), dove si rammenta con puntualità il processo di elaborazione dottrinale che ha condotto all'accreditamento dell'obbligo secondo buona fede di rinegoziazione del contratto, quando sopravvengano circostanze tali da incidere in maniera significativa sull'assetto di interessi così come originariamente modellato dai contraenti e si segnalano i numerosi punti di emersione del medesimo sul piano dei progetti di diritto privato europeo.

concretizzazione della clausola generale di buona fede, potrebbe rappresentare un costo eccessivo per un sistema giudiziario che, a sua volta, è stato sottoposto, e lo sarà tanto più nei prossimi mesi, ad un durissimo *stress* per fronteggiare le conseguenze dell'emergenza sanitaria, anche sul piano —per proporre una notazione che solo all'apparenza è troppo sbilanciata sul piano della pratica— delle modalità operative di gestione delle udienze.¹⁹

L'intervento del legislatore appare, dunque, ad avviso di chi scrive, la chiave di volta per una soluzione la più efficiente possibile del problema delle sopravvenienze contrattuali nel contesto emergenziale in atto. In questa prospettiva, ed in effetti, il legislatore dell'emergenza ha introdotto già alcune misure specifiche,²⁰ delle quali si sono occupati largamente i primi contributi in argomento, ora sottolineandone il legame con le disposizioni del codice civile da esse di volta in volta richiamate,²¹ ora proponendo un'interpretazione delle stesse in grado di potenziarne l'incidenza applicativa nella risposta ai problemi della sopravvenienza contrattuale.²²

La risposta normativa all'emergenza si coglie, del resto, anche sul piano di interventi che non riguardano direttamente la disciplina generale del contratto, e che neppure incidono sulla disciplina di singoli tipi contrattuali, risolvendosi invece in misure attinenti al piano che potremmo definire della fiscalità generale: ne risulta confermata l'ipotesi che si era anche poc'anzi accennata, secondo la quale l'eccezionalità della situazione determinata dalla pandemia richiede una strategia in grado di dosare soluzioni basate sull'attribuzione di diritti, o di obblighi, all'una o all'altra

19 Da questo punto di vista, coglie certamente nel segno il suggerimento di E. Bellisario (27 aprile 2020), laddove l'Autrice pone l'accento sul ruolo che, proprio al fine di evitare una sorta di crisi da eccesso di *inputs* del sistema giudiziario, può giocare la valorizzazione delle tecniche di composizione alternativa rispetto al giudizio delle controversie in materia di rinegoziazione che dovessero scaturire: si tratta, peraltro, di un ambito nel quale il legislatore potrebbe intervenire, anche nella fase dell'emergenza, senza particolari difficoltà, introducendo, ad esempio, in quest'ambito, un'altra ipotesi di mediazione come condizione di procedibilità della successiva, ed a questo punto solo eventuale, domanda giudiziale accanto a quelle già contemplate nell'art. 5 del d.lgs. 28/10.

20 Si pensi, in particolare, all'art. 88, d.l. n. 18/2020, ora convertito nella l. 24 aprile 2020, n. 27; specificamente, il riferimento è all'art. 88 della l. 27/20, in materia di rimborso di titoli di acquisto dei biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura, nonché all'art. 88 – *bis*, in tema di rimborso di titoli di viaggio, soggiorno e di pacchetti turistici dei contratti di soggiorno e risoluzione dei contratti di acquisto, ed all'art. 91, in tema di ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici.

21 Si tratta dell'approccio seguito, da ultimo, da E. Bellisario (27 aprile 2020).

22 In questo senso, si veda, in particolare, M. Zaccheo (21 aprile 2020), il quale legge il richiamo all'art. 1223 c.c. contenuto nel co. 6 – *bis* dell'art. 3 del d.l. 23 febbraio 2020 n. 6, così come introdotto dall'art. 91 del d.l. n. 18/20, come in grado «di attribuire al giudice un potere equitativo che gli consenta di valutare in termini diversi dal contenuto dell'art. 1223 c.c. non il risarcimento del danno, ma il contenuto del rapporto contrattuale nell'ipotesi in cui la prestazione non sia divenuta impossibile ma per il rispetto delle misure di contenimento sia divenuta particolarmente onerosa». Il tentativo ricostruttivo così operato appare, tuttavia, caratterizzato da una torsione troppo marcata del significato suscettibile di essere attribuito al richiamo all'art. 1223 c.c., disposizione alla quale è certamente estranea una funzione integrativa, e tanto più modificativa, del contenuto del rapporto obbligatorio, così come in ipotesi modellato dalle determinazioni dei contraenti. Il contributo più ampio e meditato sul dato normativo emergenziale all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, e che considera con puntualità anche le ricadute sistematiche e ricostruttive complessive del medesimo, è quello di F. Piraino (2020).

parte del rapporto contrattuale, ispirate all'esigenza di conservazione del rapporto contrattuale, con tecniche tali da attenuare o sterilizzare per i contraenti le ricadute sul piano economico della sopravvenienza.²³

La scelta di fare ricorso ad interventi normativi speciali, destinati ad incidere variamente (e sia pure, allo stato, all'interno di un orizzonte temporale ben definito) sulla regolamentazione generale del diritto delle obbligazioni e dei contratti, è stata del resto fatta propria anche da altri sistemi giuridici. Si consideri, ad esempio, e quanto a quello tedesco, il *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht* del 27 marzo 2020,²⁴ che mette in campo, benché in chiave puramente emergenziale, appunto perché circoscritta ad un ambito di tempo ristretto, una serie di misure destinate a porre riparo agli effetti più immediati della Pandemia sull'attuazione di alcuni rapporti contrattuali ritenuti, in questa prospettiva, particolarmente sensibili.

Risulterà, a questo punto, verosimilmente già chiara la risposta che si intende dare in questa sede al secondo quesito poc'anzi enunciato: e cioè se affrontare il problema sul piano della disciplina generale del contratto ovvero a livello della re-

23 E. Bellisario (27 aprile 2020), richiama opportunamente l'attenzione sull'art. 65 del d.l. 18/20, che prevede un credito di imposta in favore di conduttori di locali destinati all'esercizio di botteghe e di negozi nella misura pari al 60 % del canone del mese di marzo 2020, che resta così dovuto: in questo modo, il costo derivante dall'infruibilità del bene locato, a sua volta discendente dai provvedimenti di contenimento, è in larga misura posto a carico della fiscalità generale e non già delle parti del contratto.

24 La scelta del legislatore tedesco è stata quella di inserire la regolamentazione all'interno dell'*Einführungsgesetz zum burgerlichen Gesetzbuche*, prevedendo, tra l'altro, una disciplina (art. 240) in materia di diritto del consumatore di rifiutare una prestazione inserita nell'ambito di un rapporto contrattuale di durata concluso prima dell'8 marzo 2020, quando l'esecuzione della prestazione, per cause ricollegabili alla diffusione dell'epidemia da Covid-19, non sarebbe possibile senza che il consumatore esponga a repentaglio il mantenimento proprio o dei propri familiari; un diritto analogo è riconosciuto anche al titolare di una microimpresa, nel senso assunto dal termine in relazione alla previsione dell'art. 2003/361/CE. La disciplina normativa richiamata nel testo contiene anche regole (§2) in materia di limiti all'esercizio del diritto di recesso del locatore da contratti di locazione o di affitto per omesso pagamento del canone entro il periodo tra il 1° aprile ed il 30 giugno 2020, nel caso in cui l'inattuazione dell'obbligo di pagamento del canone dipenda dalle conseguenze della pandemia, con onere a carico del conduttore/affittuario di dimostrare il nesso di dipendenza suddetto ed in materia di prestito in favore del consumatore (§ 3), con la previsione, quanto ai prestiti contratti prima della data del 15 marzo 2020, di una sospensione di tre mesi della esigibilità delle pretese del creditore, allorché il debitore si venga a trovare, in relazione alle conseguenze della pandemia, in una posizione nella quale le pretese del creditore siano per lui inesigibili. Anche altri sistemi giuridici europei hanno predisposto interventi normativi specifici per fronteggiare le ricadute sui rapporti contrattuali e sull'attività imprenditoriale dell'emergenza sanitaria, prevedendo ipotesi di blocco delle domande di risoluzione dei contratti, ove il ritardo nell'inattuazione degli stessi dipenda dalla pandemia, moratorie quanto all'adempimento dei debiti e sospensione di eventuali dichiarazioni di insolvenza: cfr., ad esempio, in Belgio, *l'arrêté royal* n. 15 del 24 aprile 2020 in materia di «sursis temporaire en faveur des entreprises des mesures d'exécution et autres mesures pendant la durée de la crise du covid-19»; in Francia, *l'ordonnance* n. 2020-341 del 27 marzo 2020, significativamente intitolata, tra l'altro, alla «*adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises*»; in Spagna, il Real decreto ley, 8/2020 del 17 marzo, che reca, tra l'altro, una disciplina speciale per i consumatori 'vulnerabili' (art. 4), nel quadro di una definizione del concetto di vulnerabilità economica (art. 9), oltre che una moratoria per i debiti ipotecari; in Austria, l'art. 37 del Covid *Gesetz*, che detta una disciplina sintetica, ma assai puntuale, a tutela del debitore che versi in difficoltà di adempimento a causa delle conseguenze della pandemia.

golamentazione, già in atto, o destinata in ipotesi ad essere adottata, dei singoli tipi o sottotipi contrattuali. Infatti, l'esigenza di una disciplina calibrata sulle peculiarità che possono esibire, anche in questa fase emergenziale, i singoli tipi o sottotipi contrattuali appare confermata dalla considerazione che —volendo esemplificare— i problemi che si pongono in materia di locazioni di immobili commerciali ad uso commerciale²⁵ ovvero di contratti di appalto²⁶ ovvero ancora di affitti d'azienda²⁷ sono in effetti di volta in volta non coincidenti.

In questo modo, peraltro, non vi sarebbe la necessità di ipotizzare, in un contesto storico che — proprio per l'emergenza in atto — certamente non rende facilmente attuabile questa soluzione, lo sviluppo di quel processo di riforma del codice civile che pure era stato prefigurato e che conteneva in effetti, a livello di d.d.l., l'idea di intervenire in maniera di disciplina delle sopravvenienze.²⁸

Si potrebbe certamente obiettare a questa ipotesi di soluzione che la stessa presuppone l'idea, o forse l'illusione, di un legislatore che riesca, nei tempi brevissimi imposti dall'emergenza, ad apprestare un *set* di regole diversificate, per tipo o sottotipo contrattuale, e sufficientemente funzionali ed efficienti; ma è anche vero che, ove il legislatore intendesse percorrere questa strada, potrebbe giovare proprio della elaborazione dottrinale che, come si è più volte detto, si è venuta consolidando, negli ultimi anni, sull'argomento delle sopravvenienze e del governo delle stesse. E forse, a ben vedere, interventi normativi di questo genere sul diritto delle obbligazioni e dei contratti, temporanei e legati all'orizzonte dell'emergenza,²⁹ non presenterebbero un tasso di difficoltà, in sede di preparazione, molto maggiore rispetto all'imponente apparato di interventi più strettamente legati all'aspetto economico —sociale dell'emergenza Covid-19, che, secondo l'idea sottesa a questo breve contributo, dovrebbero operare secondo una linea di stretto coordinamento con i primi.

Volendo, a questo punto, formulare alcune conclusioni del discorso fin qui svolto sul piano dei rapporti tra ruolo del legislatore e ruolo del giudice nella predisposizione di una strategia di risposta ai problemi scatenati dalla pandemia Covid-19,

25 Si tratta di rapporti contrattuali che, per evidenti ragioni, sono stati investiti più di altri dalle conseguenze dei provvedimenti normativi di contenimento dell'epidemia: cfr., al riguardo, le efficaci considerazioni di V. Cuffaro (31 marzo 2020), e l'accurata analisi ricostruttiva di U. Salanito (21 aprile 2020). Per questo tipo di relazioni contrattuali, la cui definitiva estinzione potrebbe essere particolarmente pregiudizievole anche in una prospettiva di funzionalità generale del sistema economico, il rimedio manutentivo, agevolato dall'intervento pubblico anche sotto il profilo della sopportazione dei costi del medesimo (ad esempio, in termini di riduzione temporanea del canone) potrebbe essere quello più efficiente.

26 Dove il problema potrebbe probabilmente essere risolto, in relazione al sottotipo di appalto che viene in considerazione, per mezzo di regole in tema di sospensione degli obblighi discendenti dal contratto; infatti, quest'ultimo, dopo l'inibizione all'adempimento delle parti discendenti dai provvedimenti di contenimento, ben potrebbe trovare nuovamente attuazione secondo il regolamento contrattuale originario, ove l'opera o servizio siano ancora possibili.

27 Dove nuovamente potrebbe risultare particolarmente adeguata allo scopo una soluzione manutentiva, corredata da una modifica temporanea dell'assetto di interessi prefigurato nel contratto, al fine di evitare un pregiudizio eccessivo e potenzialmente devastante per l'una o per l'altra parte contrattuale.

28 Cfr., sul punto, F. Macario (27 marzo 2020, pp. 210 ss).

29 N. Irti (5 maggio 2020), osserva che «mentre il diritto di questi mesi ha carattere eccezionale e temporaneo (nel senso proprio e rigoroso dei termini) ai problemi del domani si potrà rispondere mediante l'uso del diritto comune, cioè delle norme già fissate nel codice civile e nelle leggi generali».

si potrebbe prospettare un esito all'apparenza paradossale, naturalmente quanto meno a voler condividere l'ipotesi ricostruttiva fin qui descritta. Infatti, secondo un'impostazione largamente condivisa nella dottrina civilistica italiana più sensibile, è proprio al contributo della giurisprudenza che sarebbe da ascrivere il merito di un sempre più puntuale adeguamento dell'ordinamento giuridico ai principi ed alle clausole generali costituzionali e, dunque, prima fra tutte, proprio alla clausola di buona fede, ed alla sua innervatura costituzionale rappresentata, com'è noto, dal dovere di solidarietà;³⁰ e da questo punto di vista la funzione delle clausole generali sarebbe ormai perfino ulteriore e più ricca rispetto a quella ad esse assegnata al momento della loro riscoperta nella prima metà degli anni '60 nel secolo scorso.³¹ Non sarebbe, infatti, più sufficiente a rendere conto della portata operativa assunta dalle clausole generali, e della loro importanza, la giustificazione classica, imperniata sulla «dimensione diacronica, che le vedeva come strumenti che permettevano al diritto di vincere la sua difficile guerra con il tempo ed il suo fluire, dunque con il mutamento che qui si incarna»: riflettendo, ad esempio, sulle clausole generali in materia di diritto di famiglia risulterebbe «evidente che alla dimensione diacronica si è affiancata quella sincronica, perché vi sono situazioni che, pur nello stesso momento temporale, possono o debbono essere valutate ricorrendo a riferimenti diversi».³² Le clausole generali, pertanto, non vedrebbero limitata la loro funzione a quella «omeostatica, al mantenimento della sintonia del diritto con il mutamento temporale, incorporando il futuro», configurandosi invece come «strumento per mantenere la coerenza del diritto in una società multietnica, multiculturale, multireligiosa, incorporando questa volta non il futuro, ma la diversità»; e di qui anche la loro collocazione «in un orizzonte che non è più quello tradizionale», caratterizzato non dall'«invecchiamento che investe alla radice una norma o un principio di riferimento», ma da un «mutamento di un sistema di valori, meglio (dal)l'emergere di sistemi di valori compresenti che impone di 'riempire', di concretizzare la clausola generale attraverso una pluralità di criteri di riferimento, ovviamente dopo avere accertato la loro coerenza con il sistema costituzionale nel suo complesso».³³

Le clausole generali, dunque, verrebbero in considerazione, in questa prospettiva, come tecnica di adattamento della regolamentazione di diritto privato nel tempo della flessibilità e come tecnica di governo della complessità³⁴ che l'attuale assetto

30 Si veda ad esempio l'analisi suggestiva e colta di F. Macario (2016), dove si sottolinea, tra l'altro, come sia difficile ormai «contestare la convinzione secondo la quale il corretto uso delle clausole generali permette di valorizzare i diritti del soggetto che operi in un determinato contesto socio-economico, indipendentemente, non soltanto dalla loro preventiva previsione e regolamentazione legislativa, ma anche dalle pattuizioni contrattuali in cui si esprime l'autonomia privata».

31 Il riferimento ovvio è, sul punto, agli scritti di S. Rodotà (1964 y 1969).

32 Cfr. S. Rodotà (2009, p. 106).

33 Cfr. S. Rodotà (2009, p. 107).

34 E' ormai ricorrente l'affermazione secondo la quale il diritto privato, nel tempo presente, evoca questioni, e sollecita dinamiche di regolamentazione, suscettibili di essere descritte attraverso la cifra della complessità: cfr., ad esempio, la rassegna di opinioni raccolta da F. Macario & M. Lobo (2010, pp. 378 ss), in particolare, la notazione secondo la quale «l'osservazione odierna della nostra società pone in chiara evidenza la crescente complessità dell'esperienza umana, che finisce per sollecitare l'intervento del diritto, nelle sue multiformi manifestazioni, in territori fino a qualche tempo fa addirittura

del sistema del diritto privato, ed in particolare della disciplina dell'autonomia privata, esibisce e che naturalmente l'emergenza Covid-19 rende particolarmente percepibile come tale. Tanto che, nel dibattito apertosi all'esito dello scatenarsi della pandemia, anche Autori che, in passato, avevano serbato un'attitudine perplessa circa l'opportunità di un approccio al problema delle sopravvenienze contrattuali imperniato sull'uso della clausola generale di buona fede, hanno mostrato, da ultimo, una decisa apertura al riguardo.³⁵

Qui entra in gioco tuttavia la particolarità della clausola generale di buona fede: quest'ultima, per quanto orientata —nel suo concreto esplicarsi in funzione decisoria— dallo stratificarsi dei casi precedenti nei quali è stata utilizzata, risulta sempre legata all'orizzonte della singola vicenda di vita controversa. Ed allora non è affatto un esito paradossale, in un momento in cui si rendono necessarie soluzioni che siano in grado di esprimere soluzioni macroeconomiche e di sistema, sia pure intervenendo con regole dettate per classi differenziate di tipi contrattuali (o di rapporti obbligatori), considerare più efficiente (almeno in potenza) l'opera del legislatore.

Riferimenti

Bellisario, E. (27 aprile 2020). *Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato*. In *Giustizia Civile*.

Benedetti, A. M. (3 aprile 2020). *Il 'rapporto' obbligatorio al tempo dell'isolamento: una causa (transitoria) di giustificazione?* In *Diritto e Giustizia*.

Benedetti, A. M. (29 aprile 2020). *Stato d'emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*. In *Giustizia Civile*.

Benedetti, A., & Natoli, R. (25 marzo 2020). *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*. In *Diritto bancario.it*.

impensabili»; mentre «nell'ambito specifico del diritto privato il processo di 'complessificazione' implica, tra l'altro, la necessità di coniugare i concetti tradizionali con gli interessi derivanti dalle profonde trasformazioni in atto nella realtà contemporanea». Proprio sul piano dei rapporti tra legislatore e giudice, V. Colesanti (2019, pp. 1081 ss.) si domanda come si faccia ad «esigere che ogni comportamento debba esser normativamente regolato per palesarsi lecito, o ancora richiamare la soggezione del giudice alla legge pur come parametro della sua legittimazione a giudicare, quando la legge o non c'è ancora o è composta da disposizioni incomprensibili e quasi sempre inutilmente macchinose? Non par dubbio di assistere, attualmente, a un declino del momento legislativo; declino palesato anche dalla sovrabbondanza delle leggi (troppe leggi = nessuna legge, verrebbe da dire!)»; da questa impostazione, tuttavia, emerge anche che il problema è quello della qualità della legge, che certamente, ove sia insufficiente, non riesce ad assolvere la sua funzione di assicurare una regolamentazione prevedibile, e dunque tale da scongiurare l'innescarsi di un contenzioso, dei casi dell'esperienza.

35 Cfr., in particolare, A. Benedetti & R. Natoli (25 marzo 2020), i quali sottolineano che, «oggi, si possono e si devono chiamare in campo la buona fede contrattuale e i principi costituzionali, per preservare, loro tramite, l'economia di scambi congegnati in tempi normali ma irrimediabilmente alterati, per cause di forza maggiore, in tempo di emergenza. In mancanza di questo riequilibrio, la crisi sanitaria produrrebbe un ulteriore, inatteso e ancor più pernicioso effetto: quello di redistribuire ingiustamente la ricchezza a vantaggio di certi contraenti e in danno di altri».

Colesanti, V. (2019). Sulla legittimazione a giudicare (meditazioni su un alto pensiero: chi sono io per giudicare?). In *Riv. trim. dir proc. civ.*, 1081 ss.

Cuffaro, V. (31 marzo 2020). *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*. In *Giustizia Civile*.

De Mauro, A. (27 de marzo 2020). *Pandemia e contratto. Spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione*. In *Giustizia Civile*.

Di Raimo, R. (9 aprile 2020). *Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda*. In *Diritto e Giustizia*.

Franco, R. (6 maggio 2020). *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*. In *Giustizia Civile*.

Gentili, A. (29 aprile 2020). *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*. In *Giustizia Civile*.

Gigliotti, F. (1 aprile 2020). *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo ed assimilate*. In *Giustizia Civile*.

Grisi, G. (2020). *La lezione del coronavirus*. In *Jus civile*.

Guerrini, L. (7 maggio 2020). *Coronavirus, legislazione emergenziale e contratto: una fotografia*. In *Giustizia Civile*.

Harari, Y. N. (27 marzo 2020). *Il mondo dopo il virus*. In *Internazionale*, N.° 1351.

Heinich, J. (2020). L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires: de la force majeure à l'imprévision. In *Recueil Dalloz*.

Irti, N. (5 maggio 2020). *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*. In *Il Sole 24 ore*.

Kereny, K. (2010). *Dioniso*. Milano.

Landini, S. (4 maggio 2020). *Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contratti di assicurazione, pandemic bond*. In *Giustizia Civile*.

Macario, F. (1996). *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*. Napoli.

Macario, F. (2008). Revisione e rinegoziazione del contratto. In *Enc. Dir., Annali II*, tomo 2. Milano.

Macario, F. (2014). *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*. In *Giust. Civ.*, III.

Macario, F. (2016). L'autonomia privata nella cornice costituzionale. Per una giurisprudenza evolutiva e coraggiosa. In *Questione Giustizia*, 4.

Macario, F., & M. Lobo (2010). *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*. Padova.

Macario, F. (27 marzo 2020). *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di 'coronavirus'*. In *Giustizia Civile*.

- Maffeis, D. (10 aprile 2020). *Problemi nei contratti nell'emergenza epidemiologica da coronavirus*. In *Giustizia Civile*.
- Mason, P. (3 aprile 2020). *Will coronavirus signal the end of capitalism?* In aljazeera.com.
- Mattei, U., & Quarta, A. (7 maggio 2020). Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti. In *Giustizia Civile*.
- Maugeri, M. (22 aprile 2020). *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*. In *Diritto e Giustizia*.
- Morello, R. (27 aprile 2020). *Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del Coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal codice civile*. In *Giustizia Civile*.
- Piraino, F. (2020). *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*. In corso di pubblicazione
- Pistor, K. (2020). *Law in the time of Covid-19*. Columbia Law School. In <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>
- Rodotà, S. (1964). *Il problema della responsabilità civile*. Milano.
- Rodotà, S. (1969). *Le fonti di integrazione del contratto*. Milano.
- Rodotà, S. (2009). Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile. In A. Orestano (a cura di), *Lezioni sul contratto*. Torino.
- Salanitro, U. (21 aprile 2020). *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*. In *Diritto e Giustizia*.
- Santagata, R. (17 aprile 2020). *Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti*. In *Giustizia Civile*.
- Scognamiglio, C. (15 aprile 2020). *L'emergenza Codiv 19. Quale ruolo per il civilista?* In *Giustizia Civile*.
- Sparano, G. (28 aprile 2020). *Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà*. In *Giustizia Civile*.
- Twigg-Flesner, C. (2020). *A comparative perspective of commercial contracts and the impact of Covid-19. Change of circumstances, force majeure or what*. In K. Pistor (2020). *Law in the time of Covid-19*. Columbia Law School.
- Verzoni, S. (27 marzo 2020). *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*. In *Giustizia Civile*.
- Vettori, G. (2020). Persona e mercato al tempo della pandemia. In *Persona e mercato*.
- Vulpiani, G. (3 aprile 2020). *Emergenze epidemiologiche e contratti del turismo: il caso del Coronavirus*. In *Judicium*.
- Zaccheo, M. (21 aprile 2020). *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sulla emergenza epidemiologica da Covid-19*. In *Diritto e Giustizia*.
- Žižek, S. *Pandemic! COVID-19 Shakes the World*. E-book (in progress).

L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di COVID-19¹

Pietro Sirena

Ordinario di Diritto civile nell'Università Bocconi di Milano

¹ Ringrazio Davide Achille, Luigi Buonanno, Giorgio De Nova, Geo Magri Francesco Mezzanotte, Francesco Paolo Patti e Fabrizio Piraino per i loro commenti alla prima versione di questo scritto, che è altresì destinato alla silloge in onore di Giuseppe Vettori.

1. L'impossibilità di diritto della prestazione debitoria (*factum principis*)

In uno dei principali provvedimenti emergenziali che lo Stato italiano ha emanato per contenere e gestire l'epidemia di COVID-19, è stato espressamente statuito che: «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze e penali connesse a ritardati o omessi versamenti».²

La disposizione è anzitutto applicabile qualora le misure di contenimento dell'epidemia di COVID-19 ivi richiamate propriamente dispongano il divieto ovvero la sospensione di un'attività d'impresa: per quanto riguarda l'obbligazione di prestare i beni o i servizi prodotti o commercializzati mediante tale attività, si tratta allora di un'ipotesi di *factum principis*, il quale, ai sensi degli artt. 1256 ss. c.c., determina l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile al debitore.³

Qualora l'impossibilità di cui si tratta risulti definitiva, occorre distinguere il caso in cui essa sia totale (ossia, riguardi l'intera prestazione dovuta) da quello in cui essa sia parziale (ossia, riguardi solo una parte di tale prestazione). Nel primo caso, il debitore è senz'altro liberato dall'obbligazione (art. 1256, 1° comma, c.c.), cosicché il contratto che ha stipulato si risolve senz'altro (art. 1463 c.c.); nel secondo caso, il debitore è liberato soltanto in parte (art. 1258, 1° comma, c.c.), cosicché il creditore ha diritto a una riduzione della controprestazione ovvero al recesso dal contratto (art. 1464 c.c.).

Qualora l'impossibilità di cui si tratta risulti invece temporanea, l'obbligazione si estingue nei soli casi in cui il suo adempimento richieda ormai uno sforzo del debitore superiore a quanto richiesto dalla diligenza che egli deve usare (art. 1256, 2° comma, c.c.); negli altri casi, l'esclusione della sua responsabilità per la mancata esecuzione

² Art. 3, 6°-bis comma, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, novellato dall'art. 91, 1° comma, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27).

³ Si deve invece senz'altro escludere che la disposizione legislativa di cui si tratta svolga una funzione premiale nei confronti del debitore che abbia rispettato le misure di contenimento e di gestione dell'epidemia di COVID-19 (A.A. Dolmetta, «Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione, in *Ilcaso.it*, 11 aprile 2020, p. 7).

della prestazione cessa al venir meno dell'impossibilità⁴, cosicché spetterà allora al creditore decidere se accettare l'adempimento tardivo, eventualmente riducendo la controprestazione, ovvero recedere dal contratto stipulato con il debitore (arg. art. 1464 c.c.).⁵

Al fine di risolvere i casi di responsabilità contrattuale che si pongono a seguito delle misure emergenziali prese dalle autorità pubbliche per contenere e gestire l'epidemia di COVID-19,⁶ occorre quindi fare anzitutto riferimento alle disposizioni codicistiche in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione debitoria,⁷ così come esse sono state fin qui interpretate e applicate dalla giurisprudenza.⁸ Un riscontro in tal senso si rinviene nei principî di diritto che lo *European Law Institute* (ELI) ha formulato a proposito della crisi provocata da tale epidemia, nei quali è stato raccomandato agli Stati europei di assicurare che «where performance of a contract is temporarily or definitively prevented directly or indirectly existing law on impossibility or *force majeure* apply in an effective way, and provide reasonable solutions» (*Principle 13, Force majeure and hardship*).⁹

L'esonero dalla responsabilità debitoria che ne consegue si estende anche alle obbligazioni derivanti dalla vendita internazionale di merci, ai sensi dell'art. 79 della Convenzione di Vienna del 1980.¹⁰ Nei contratti internazionali si tratterà in interpretare e di applicare le clausole di *force majeure* eventualmente pattuite dalle parti contraenti.¹¹

4 Nel frattempo, la controparte contrattuale potrà a sua volta rifiutarsi di eseguire la propria prestazione, ai sensi dell'art. 1460 c.c. (A. M. Benedetti, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020).

5 L'art. 1464 c.c. propriamente disciplina l'impossibilità parziale, ma in via di analogia esso è ritenuto applicabile anche all'impossibilità temporanea (per tutti, v. C. M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*,² Milano, 2012 (rist. 2019), p. 405 s.).

6 Come risulta sia dal suo dettato letterale, che dal suo espresso rinvio all'art. 1218 c.c., la disposizione legislativa di cui si tratta è applicabile all'inadempimento delle obbligazioni nascenti non soltanto dal contratto, ma anche da qualsiasi altro atto o fatto di cui all'art. 1173 c.c. Essa è pertanto applicabile anche all'inadempimento dell'obbligazione di risarcire il danno cagionato da fatto illecito, fermo restando quanto si dirà *infra*, § 3.

7 L'espresso rinvio all'art. 1223 c.c. fatto dalla disposizione legislativa di cui si tratta è stato interpretato nel senso che il rispetto delle misure di gestione e di contenimento dell'epidemia di COVID-19 potrebbe determinare, anziché l'estinzione o la quiescenza dell'obbligazione, una riduzione del *quantum* dei danni da risarcire al creditore (A.M. Benedetti, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul decreto «cura Italia»*, in *I contratti*, 2020, p. 213 ss.).

8 Per una problematizzazione del rapporto tra i due contesti normativi, v. ampiamente F. Pirano, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e contratti*, in corso di pubblicazione in *I contratti* (che ho potuto consultare grazie alla cortesia dell'a.); A. A. Dolmetta, *op. cit.*

9 https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf

10 A. Janssen e C. J. Wahnschaffe, *Der internationale Warenkauf in Zeiten der Pandemie*, in *EuZW*, 2020, p. 410 ss.

11 K. P. Berger e D. Behn, *Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*, in corso di pubblicazione in *McGill Journal of Dispute Resolution* (si può leggere in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3575869); C. Twigg-Flesner, *A Comparative Perspective on Commercial Contracts and the Impact of COVID-19 – Change of Circumstances, Force Majeure, or What?*, in *Law in the Time of the COVID-19*, a cura di K. Pistor, Columbia Law School, 2020,

2. L'impossibilità del creditore di utilizzare la prestazione debitoria

La formulazione letterale del decreto-legge di cui si tratta non sembra propriamente ricomprendere l'ipotesi in cui il rispetto delle misure di contenimento e gestione dell'epidemia di COVID-19 determini l'impossibilità del creditore di ricevere (o comunque di utilizzare) la prestazione dovutagli; si tratta tuttavia di un'impossibilità che, per quanto qui rileva, è equiparabile a quella del debitore di eseguire tale prestazione, secondo un consolidato assunto di dottrina e giurisprudenza.¹²

Una specifica indicazione in tal senso si può rinvenire nell'art. 88 *bis* del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 con riguardo ai «contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, ai contratti di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico»: richiamato l'art. 1463 c.c. in termini generali, tale disposizione legislativa statuisce infatti che chi abbia acquistato un titolo di viaggio, di soggiorno o un pacchetto turistico e non possa avvalersene a causa di un provvedimento che imponga la sua quarantena ovvero vieti o impedisca i suoi spostamenti (1° comma), abbia diritto di ottenere il rimborso del corrispettivo versato per tale titolo (2° comma). Si tratta di un'obbligazione restitutoria che può essere adempiuta dal vettore ovvero dall'operatore turistico anche mediante l'emissione di un *voucher* di pari importo,¹³ ovvero, rispettivamente, mediante l'esecuzione di una diversa prestazione di qualità non inferiore a quella dovuta, con restituzione della differenza di prezzo (3°, 5°, 6°, 8°, 9° comma).¹⁴

Poiché tale facoltà di scelta spetta al vettore ovvero all'operatore turistico, l'esecuzione di una prestazione diversa dalla restituzione del corrispettivo versato non richiede «alcuna forma di accettazione da parte del destinatario» (12° comma).¹⁵ Questa soluzione legislativa può trovare un limitato conforto nei già richiamati principi formulati dallo *European Law Institute*, nella parte in cui essi prevedono che: «In conformity with the principle of solidarity, States should ensure that the consequences of the disruption of contractual relationships, such as the cancellation

p. 155 ss.; M. Torsello e M. M. Winkler, *Coronavirus-Infected International Business Transactions: A Preliminary Diagnosis*, in *European Journal of Risk Regulation*, in corso di pubblicazione (che ho potuto leggere grazie alla cortesia di M. Torsello).

12 C. M. Bianca, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1993 (rist. 2015), p. 543 ss.; C. M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *cit.*, p. 413 s.; per un approfondimento monografico, v. G. Stella, *Impossibilità della prestazione per fatto imputabile al creditore*, Milano, 1995. In giurisprudenza, v. Cass., 29 marzo 2019, n. 8766; Cass. civ., 2 ottobre 2014, n. 20811.

13 Per un commento all'analogia disposizione introdotta dal legislatore francese, v. R. Pazos Castro, *La respueta del derecho de obligaciones y contratos francés ante la pandemia de COVID-19*, in *Revista de Derecho Civil*, 2020, p. 67 ss.

14 In senso analogo aveva già provveduto l'art. 28, d.-l. 2 marzo 2020, n. 9, novellato dall'art. 88, d.-l. 17 marzo 2020, n. 18 (il quale tuttavia non è stato convertito in questa parte). Tale disposizione è stata poi abrogata dall'art. 1, 2° comma, d.-l. 24 aprile 2020, n. 27, il quale ha peraltro disposto che: «Restano validi gli atti ed i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi decreti-legge».

15 Il 4° e il 7° comma dettano un'analogia norma nel caso in sia il vettore ovvero, rispettivamente, l'organizzatore di un pacchetto turistico a esercitare il diritto di recesso a causa dell'impossibilità sopravvenuta di eseguire la propria prestazione contrattuale: si tratta allora di un'ipotesi di *factum principis*, secondo quanto si è già detto *supra*, § 1.

of travel arrangements, should not be at the sole risk of one party, in particular of a consumer or SME» (Principle 13, Force majeure *and hardship*). Si può ritenere infatti che la facoltà di emettere un *voucher* ovvero di eseguire una prestazione diversa dal rimborso del corrispettivo pecuniario sia idonea a evitare che il prestatore dei servizi di cui si tratta sopporti integralmente il pregiudizio conseguente alle misure di contenimento e di gestione dell'epidemia di COVID-19, scongiurando così la sua potenziale rovina economica; il conseguente sacrificio imposto al consumatore (e più generalmente al fruitore di tali servizi) può essere pertanto giustificato in base al dovere di solidarietà economica e sociale che è consacrato nell'art. 2 Cost.¹⁶

Tuttavia, la Commissione europea ha inviato a quindici Stati membri dell'Unione, tra i quali l'Italia, dapprima una comunicazione¹⁷, poi una raccomandazione¹⁸, affinché essi garantiscano ai consumatori la libertà di scelta tra *voucher* e rimborso in denaro.

Le disposizioni dell'Unione europea con le quale la disposizione di legge di cui si tratta si porrebbe in contrasto sono state elencate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)¹⁹, la quale ha ufficialmente dichiarato di ritenere che «l'art. 88-*bis* del decreto-legge n. 18 del 2020 [...] si presti difficilmente ad interpretazioni costituzionalmente e comunitariamente orientate».

3. L'impossibilità di fatto della prestazione debitoria (forza maggiore)

L'impossibilità di diritto di cui si è detto propriamente sussiste a proposito della prestazione di beni o servizi che costituiscono oggetto dell'attività professionale che è stata vietata o sospesa dalle autorità pubbliche. Non sussiste invece per quanto

16 Sul ruolo centrale della solidarietà nel diritto della crisi cagionata dall'epidemia di COVID-19, v. F. Fracchia, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà come prima?*, in *Dir. econom.*, 2019, p. 582; in una prospettiva propriamente privatistica, v. A. A. Dolmetta, *op. cit.*, p. 10; G. Vettori, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in *Persona e mercato*, 2020, pp. 9 s.

17 Comunicazione della Commissione C(2020) 1830 final, del 18 marzo 2020, Orientamenti interpretativi relativi ai regolamenti UE sui diritti dei passeggeri nel contesto dell'evolversi della situazione connessa al Covid-19, che si può leggere in https://ec.europa.eu/transport/sites/transport/files/legislation/c20201830_it.pdf

18 Raccomandazione della Commissione C (2020) 3125 final, del 13 maggio 2020, relativa ai buoni offerti a passeggeri e viaggiatori come alternativa al rimborso per pacchetti turistici e servizi di trasporto annullati nel contesto della pandemia di Covid-19, che si può leggere in https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_vouchers_it.pdf

19 Segnalazione AGCM ST23, del 27 maggio 2020, in merito alle criticità della disciplina d'emergenza di cui all'art. 88-*bis* del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modifiche dall'art. 1, comma 1, della legge 24 aprile 2020, n. 27, che si può leggere in https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/ST23_segnalazione.pdf. Si tratta di alcuni regolamenti che, in materia di trasporto aereo, ferroviario, marittimo e stradale, disciplinano i diritti dei viaggiatori in caso di cancellazione del viaggio, nonché dell'art. 12, paragrafo 2, della Direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE del Consiglio: quest'ultima disposizione è stata trasposta nell'art. 41, 4° comma, del codice del turismo.

riguarda le obbligazioni pecuniarie inerenti all'esercizio di tale attività, dato che il loro adempimento non può considerarsi vietato o sospeso²⁰, fermo restando che è stata specificamente disposta la moratoria di alcuni pagamenti (di imposte e tasse, nonché, come si vedrà meglio nel prosieguo,²¹ di rate di finanziamenti alle imprese ovvero di mutui per l'acquisto della prima casa di abitazione).

Tali considerazioni sono, ad es., applicabili all'obbligazione di pagare i canoni di locazione a uso non abitativo, i quali sono pertanto generalmente dovuti nonostante l'attività dell'impresa locataria sia stata vietata o sospesa mediante le misure di contenimento e di gestione dell'epidemia di COVID-19.²²

Di fatto, tuttavia, le misure di contenimento e di gestione dell'epidemia di COVID-19 prese dalle autorità pubbliche possono temporaneamente impedire l'adempimento delle obbligazioni pecuniarie di un'impresa, in quanto siano suscettibili di deteriorare la sua situazione economico-finanziaria fino al limite dell'insolvenza (forza maggiore).²³ Se è indubbio che non sussiste allora l'impossibilità assoluta e oggettiva di eseguire la prestazione che consegue al *factum principis*, può tuttavia sussistere un'impossibilità relativa e temporanea che non è imputabile al debitore,²⁴ qualora l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria sia suscettibile di determinare la sua rovina economica.²⁵

20 Per quanto riguarda coloro che erano residenti o svolgevano la propria attività imprenditoriale o lavorativa nella zona rossa istituita nella prima fase dell'epidemia di COVID-19, sono stati sospesi «i termini di scadenza, ricadenti o decorrenti, nel periodo che va dal 22 febbraio 2020 e fino al 31 marzo 2020, relativi a vaglia cambiari, a cambiali e ad ogni altro titolo di credito o atto avente forza esecutiva» (art. 10, 5° comma, decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9). È stato inoltre disposto che: «Il decorso dei termini perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti prescrizioni e decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione, nonché dei termini per gli adempimenti contrattuali è sospeso dal 22 febbraio 2020 fino al 31 marzo 2020» (art. 10, 4° comma). A tale proposito, v. E. Dalmotto, *La scadenza dei titoli di credito al tempo del Coronavirus. Con una postilla sul pari decorso degli altri termini stragiudiziali*, in *Il caso.it*, 3 aprile 2020.

21 V. *infra*, § 4.

22 V. *infra*, § 5.

23 Secondo Cass., sez. un., 23 aprile 2020, n. 8094, il rilievo della forza maggiore non riguarda soltanto l'inadempimento dell'obbligazione, ma «si pone come espressione di una regola generale dell'ordinamento, per cui non può essere preteso un comportamento quando lo stesso sia divenuto impossibile senza responsabilità di chi vi sia tenuto».

24 In questo senso, la disposizione legislativa di cui si tratta è applicabile anche alle obbligazioni generiche, in particolare quelle pecuniarie. Cfr. Tuttavia A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020.

25 Per un raffronto comparatistico, v. il nuovo Art. 240, § 1, EBGB, nella parte in cui stabilisce che, nei contratti a prestazioni periodiche o continuative, il consumatore abbia diritto fino al 30 giugno 2020 di non adempiere l'obbligazione nei confronti di un professionista «wenn dem Verbraucher infolge von Umständen, die auf die Ausbreitung der Infektionen mit dem SARS-CoV-Virus (COVID-19-Pandemie) zurückzuführen sind, die Erbringung der Leistung ohne Gefährdung seines angemessenen Lebensunterhalts oder des angemessenen Lebensunterhalts seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen nicht möglich wäre» (1); la disposizione non è tuttavia applicabile «wenn die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts für den Gläubiger seinerseits unzumutbar ist, da die Nichterbringung der Leistung die wirtschaftliche Grundlage seines Erwerbsbetriebs gefährden würde» (3). Un analogo diritto di non adempiere l'obbligazione è riconosciuto alla microimpresa (2). Si deve peraltro rilevare che tali disposizioni non sono applicabili alle obbligazioni nascenti dai contratti di locazione e di affitto, di mutuo e di lavoro (4).

Secondo quanto è stato in generale chiarito dalla dottrina civilistica, si deve escludere la responsabilità del debitore, qualora sia, in concreto, accertato che l'impossibilità relativa di eseguire la prestazione non è superabile con lo sforzo diligente al quale egli è tenuto:²⁶ l'adempimento sarà pertanto sospeso ovvero l'obbligazione estinta, ai sensi degli artt. 1256 e 1258 c.c.²⁷

La medesima soluzione è applicabile qualora l'attività di un'impresa non sia vietata o sospesa, ma il suo esercizio sia indirettamente impedito o aggravato dalle misure adottate dall'autorità pubblica per contenere e gestire l'epidemia di COVID-19, ad es. perché esse vietino o sospendano l'attività di un fornitore ovvero del vettore mediante il quale sono consegnate le materie prime o i prodotti finiti.²⁸ Anche in questo caso, infatti, tali misure non determinano l'impossibilità giuridica di eseguire la prestazione dovuta dall'impresa, ma un'impossibilità di fatto che, per quanto possa essere considerata relativa e soggettiva, può aggravare l'esecuzione della prestazione oltre i confini della diligenza che è richiesta al debitore; quando ciò sia provato, dovrà quindi ritenersi che siano applicabili gli artt. 1256 e 1258 c.c., cosicché l'adempimento sarà sospeso ovvero l'obbligazione estinta.

A conclusioni analoghe si deve pervenire anche quando l'esecuzione della prestazione sia senz'altro aggravata dall'epidemia di COVID-19, indipendentemente dalle conseguenze di specifiche misure prese dall'autorità pubblica per contenerla e gestirla. La formulazione del già richiamato Principle 13 (Force majeure *and hardship*) dello *European Law Institute* sembra deporre in tal senso.

4. La moratoria dei pagamenti per finanziamenti alle imprese e mutui per l'acquisto della prima casa di abitazione

Secondo quanto è previsto da apposite disposizioni legislative, coloro che abbiano subito gravi conseguenze economiche a causa dell'epidemia di COVID-19 hanno diritto di ottenere la sospensione temporanea del pagamento delle rate dei mutui erogati da un intermediario finanziario per l'acquisto della prima casa di abitazione.²⁹ Un'analogia moratoria dei pagamenti può essere ottenuta dalle micro, piccole e medie imprese per i finanziamenti bancari loro erogati.³⁰

I principî dello *European Law Institute* raccomandano agli Stati europei di adottare provvedimenti del genere con riguardo ai pagamenti dovuti per tasse, finanziamenti bancari e locazioni (*Principle 12, Moratorium on Regular Payments*).

Com'è stato rilevato dalla dottrina,³¹ tuttavia, le disposizioni legislative di cui si è detto risultano lacunose, in quanto esse non chiariscono esplicitamente le

26 L. Mengoni, *Scritti II. Obbligazioni e negozio*, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 173 s. e p. 301 s.

27 C. M. Bianca, *Diritto civile*, 4, cit., p. 534.

28 Cfr. Tuttavia A. Gentili, *op. loc. ultt. citt.*

29 Art. 54, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27).

30 Art. 56, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020, n. 27).

31 L. S. Lentini, *Moratoria dei finanziamenti bancari e criteri di maturazione degli interessi "di sospensione" nel decreto "Cura Italia": una prima lettura*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 235 ss.

conseguenze della sospensione dei pagamenti sugli interessi dovuti dal soggetto finanziato. Tale fenomeno si era già verificato a proposito delle disposizioni legislative che avevano previsto un'analoga moratoria dei pagamenti in occasione del terremoto del 2009 in Abruzzo, di quello del 2012 in Emilia-Romagna e infine di quello del 2016 in Italia centrale;³² è stato così innescato un ampio contenzioso innanzi all'Arbitro Bancario Finanziario (ABF), il quale è giunto a formulare alcuni principî di diritto che possono servire come criteri di interpretazione anche della più recente legislazione emergenziale.

In coerenza con gli orientamenti interpretativi dell'ABF, si deve dunque ritenere che, pur nel silenzio del legislatore, le rate scadute nel periodo di sospensione dei pagamenti non slittino in avanti, facendo così allungare in misura conseguente la durata del rimborso, ma siano accodate in fondo al piano di ammortamento.³³

Con riguardo ai finanziamenti alle micro, piccole e medie imprese, ne consegue che, durante la sospensione dei pagamenti, gli interessi decorrano sull'importo delle rate ivi scadute, e non già sull'intero debito residuo.³⁴ È stato inoltre sostenuto che la base di calcolo di tali interessi non sia costituito dall'intero importo di tali rate, ma soltanto dalla quota di capitale che è in esse incorporata;³⁵ il tasso di decorrenza degli interessi di sospensione sarebbe inoltre quello legale ai sensi dell'art. 1284 c.c.³⁶

Tali soluzioni interpretative possono trovare un almeno parziale conforto nel già menzionato *Principle 12 (Moratorium on Regular Payments)* dello *European Law Institute*, il quale, per quanto qui rileva, sancisce che: «Such measure should be based on the general principle that the final maturity date is extended for the duration of the moratorium and that neither the calculation of the amount due, nor that of other taxes or instalments subsequently due, are in any way increased».

A proposito dei mutui per l'acquisto della prima casa di abitazione, si deve ritenere che, per quanto riguarda le rate scadute nel periodo di sospensione, nessun interesse sia dovuto dal mutuatario,³⁷ dato che l'intermediario finanziario è (parzialmente) indennizzato dall'apposito Fondo di solidarietà.³⁸ L'opinione contraria, che pure è stata sostenuta da parte della dottrina³⁹, appare eccessivamente orientata all'obiettivo

32 Si tratta del d.-l. 28 aprile 2009, n. 39 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 giugno 2009, n. 77); del d.-l. 6 giugno 2012, n. 74 (convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2012, n. 122) e, rispettivamente, del d.-l. 16 ottobre 2017, n. 148 (convertito, con modificazioni, dalla l. 4 dicembre 2017, n. 172).

33 ABF, Collegio di coord., 29 luglio 2015, nn. 5863, 5877 e 5885; ABF, Collegio di coord., 23 marzo 2016, nn. 2699 e 2712.; ABF, Collegio di coord., 9 gennaio 2020, n. 210.

34 ABF, Collegio di coord., 29 luglio 2015, nn. 5863, 5877 e 5885; ABF, Collegio di coord., 23 marzo 2016, n. 2699 e 2712; ABF, Collegio di coord., 9 gennaio 2020, n. 210.

35 In tal senso, v. Lentini, *op. cit.*, p. 242.

36 Lentini, *op. cit.*, p. 244.

37 ABF, Collegio di coord., 20 maggio 2015, nn. 4123 e 4136.

38 A. Cerveni, *Proroga ex lege e natura dei contratti bancari di mutuo. Effetti della c.d. sospensione del pagamento delle rate (l. 24.12.2007, n. 144) e della rinegoziazione dei mutui (l. 27.5.2008 n. 93)*, in questa Rivista, 2009, II, p. 355 ss.

39 M. R. Maugeri, *L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa*, in *Giustiziacivile.com*, 22 aprile 2020.

di assicurare agli intermediari finanziari un *lucrum ex negotiatione*, il quale risulta tuttavia contrastante con il loro dovere solidaristico di concorrere alla realizzazione delle istanze di tutela economica di chi è direttamente colpito da simili eventi catastrofici.

In tal senso, può essere richiamato il già menzionato *Principle 12 (Moratorium on Regular Payments)* dello *European Law Institute*, nella parte in cui esso stabilisce che: «In conformity with the principle of solidarity, States should favour partial or full release of certain types of matured debts, either by public policy or by mutual consent between the parties».

5. Il pagamento dei canoni di locazione a uso non abitativo

Secondo quanto si è già detto⁴⁰, né l'epidemia di COVID-19 in se stessa considerata, né le misure che sono state prese dalle autorità pubbliche per contenerla e gestirla sono generalmente idonee a giustificare il mancato pagamento dei canoni di locazione a uso commerciale⁴¹.

In tal senso, si deve rilevare che l'obbligazione del locatore di garantire il pacifico godimento dell'immobile durante la locazione (art. 1575, n. 3), c.c.) non ricomprende il rischio di una limitazione dell'attività economica del conduttore, il quale non menoma l'utilizzabilità del bene in quanto tale.

Tuttavia, alcune delle misure prese dalle autorità pubblica per contenere e gestire l'epidemia di COVID-19 impediscono propriamente che specifiche attività commerciali siano esercitate in locali aperti al pubblico.⁴² Pertanto, il locatario di tali locali si viene a trovare nell'impossibilità giuridica di servirsi dell'immobile per «l'uso determinato nel contratto» di locazione (art. 1587, n. 1), c.c.).⁴³

Tale ipotesi può essere ricondotta alla casistica che, in materia di locazione, è stata governata dalla giurisprudenza mediante la categoria concettuale della presupposizione;⁴⁴ secondo la tesi preferibile, è applicabile allora l'art. 1464 c.c.,⁴⁵

40 V. *supra*, § 3.

41 In senso opposto cfr. V. Cuffaro, *Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia*, in *Giustiziacivile.com*, 31 marzo 2020. La soluzione esposta nel testo trova ampio riscontro dal punto di vista comparatistico; occorre tuttavia rilevare che i legislatori di altri Stati europei hanno introdotto specifici divieti temporanei di risoluzione dei contratti di locazione o di affitto per l'inadempimento del locatario o dell'affittuario (per quanto riguarda il diritto tedesco, v. l'Art. 240, § 2, EGBG; per quanto riguarda il diritto francese, v. la sintesi di Pazos Castro, *op. cit.*, p. 69 ss.).

42 U. Salanitro, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020.

43 Cfr. tuttavia S. Scognamiglio, *L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista*, in *Giustiziacivile.com*, 15 aprile 2020.

44 In dottrina, v. Soprattutto G. B. Ferri, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 371 ss.; C. Scognamiglio, *Presupposizione e comune intenzione delle parti*, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 130 ss. Per un raffronto con il diritto inglese, v. F. Mezzanotte, *Lo scopo contrattuale della doctrine of frustration*, in G. Albers-F.P. Patti-D. Perrouin-Verbe (a cura di), *Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens*, in corso di pubblicazione (che ho potuto leggere grazie alla cortesia dell'a.).

45 A. Nicolussi, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 860 s.

attribuendo così al locatario il diritto di recedere dal contratto. Ad analoghe conclusioni giunge la dottrina che, valorizzando anche l'incidenza delle sopravvenienze sulla realizzabilità della causa concreta del contratto,⁴⁶ vi ricollega «il rimedio del recesso unilaterale esperibile dalla parte per la quale il vincolo contrattuale è divenuto intollerabile o inutile».⁴⁷

Qualora non sussistano i presupposti dell'impossibilità di cui si è detto, si deve comunque ammettere che possano configurarsi i «gravi motivi» che, ai sensi dell'art. 27, ult. comma, della legge sull'equo canone, consentono al locatario di recedere dalla locazione a uso non abitativo, dando un preavviso di almeno sei mesi da comunicarsi con lettera raccomandata.⁴⁸

In ogni caso, finché non rilascia l'immobile che ha preso in conduzione, il locatario che abbia receduto dal contratto è obbligato a pagare il canone pattuito (art. 1591 c.c.).

È stato altresì ipotizzato che, anziché recedere dal contratto, il locatario possa chiedere al giudice di rideterminare il canone di locazione, in virtù dell'applicazione analogica della disciplina che gli artt. 1578 e 1584 c.c. dettano a proposito dei vizi e delle riparazioni del bene locato⁴⁹. Fermo restando quanto è specificamente disposto dall'art. 1623 c.c. a proposito dell'affitto, è stato altresì ipotizzato che, qualora il canone sia divenuto eccessivamente oneroso, il locatore debba rinegoziarne l'importo con il locatario, ovvero che il giudice abbia comunque il potere di ridurlo ai sensi dell'art. 1374 c.c.⁵⁰

Nei limiti in cui sussista l'impossibilità giuridica di servirsi dell'immobile per «l'uso determinato nel contratto» di locazione (art. 1587, n. 1), c.c.), si deve ritenere che, ai sensi dell'art. 1464 c.c., il locatario abbia diritto di ridurre il canone pattuito, in alternativa al recesso di cui si è già detto.

Qualora invece tale impossibilità non sussista, e fermo restando quanto si è detto più in generale a proposito dell'impotenza finanziaria del debitore,⁵¹ è viceversa dubbio se il locatario abbia diritto a una riduzione ovvero a una rinegoziazione del canone pattuito a causa della sua eccessiva onerosità sopravvenuta.

È infatti noto che il codice civile italiano, per quanto si sia coraggiosamente collocato in una posizione di avanguardia scegliendo di introdurre una specifica

46 C. M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 251 ss., seguito da D. Achille, *La funzione ermeneutica della causa concreta del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 37 ss. Per un quadro delle diverse posizioni dottrinali, v. A. M. Garofalo, *Fisiologia e patologia della causa contrattuale. Profili generali e applicazioni specifiche*, in G. Perlingieri e L. Ruggeri (a cura di), *L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa*, II, Napoli, 2018, p. 681 ss.

47 C. M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*³, Milano, 2019, p. 425. In giurisprudenza, v. Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro it.* 2009, I, c. 214 ss. (su cui v. E. Ferrante, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 151 ss.; S. Pagliantini, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Studi senesi*, 2010, p. 286 ss.); Cass., 10 luglio 2018, n. 18047; Cass., 29 marzo 2019, n. 8766.

48 N. Crispino e F. Troncone, *Emergenza Coronavirus: quali possibili effetti sulla locazione a uso commerciale*, in *Il caso.it*, 31 marzo 2020, p. 3 s.

49 U. Salanitro, *op. loc. cit.*

50 N. Crispino e F. Troncone, *op. cit.*, p. 6 ss.

51 V. *supra*, § 3.

disciplina dell'eccessiva onerosità della prestazione, l'abbia presa in considerazione come un'ipotesi di risoluzione del contratto (art. 1467)⁵², senza prevedere anche rimedi volti ad assicurare l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni dovute dalle parti contraenti.

6. L'eccessiva onerosità della prestazione debitoria: obbligo di rinegoziazione tra le parti e prospettive di riforma del codice civile

In generale, si è proposto di configurare un obbligo di rinegoziazione sulla base del principio generale di buona fede⁵³, seguendo così le indicazioni di una parte della dottrina tedesca.⁵⁴ Com'era inevitabile, questa tesi è stata ribadita con forza a seguito della crisi economico-sociale provocata dall'epidemia di COVID-19.⁵⁵

A tale proposito, si è tuttavia manifestato un marcato scetticismo,⁵⁶ obiettando che l'ancoraggio a un parametro vago e indefinito come quello della buona fede farebbe in definitiva aumentare l'incertezza giuridica e comprometterebbe quindi le aspettative contrattuali delle parti contraenti⁵⁷. Tale resistenza è stata di recente ribadita e rafforzata.⁵⁸

I principî di diritto dello *European Law Institute* (ELI) hanno raccomandato agli Stati europei di assicurare che «where, as a consequence of the COVID-19 crisis

52 Per un quadro d'insieme, v. F. Macario, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. del contratto*, dir. da V. Roppo, V, 2, *Rimedi*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, 583 ss.; M. Tamponi, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *Tratt. contr.*, dir. da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 1, *I contratti in generale*², II, a cura di E. Gabrielli, Milano, 2006, 1803 s.; E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *op. ult. cit.*, p. 1559 ss.

53 F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, *passim* e spec. p. 195 s., nonché F. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss. La tesi dell'a. è stata seguita, tra gli altri, da F. P. Patti, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 117 ss.; F. P. Patti, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, p. 571 ss. (in nota a Trib. Bari, 14 giugno 2011).

54 N. Horn, *Neuverhandlungspflicht*, in AcP, Bd. 181, 1981, p. 255 s.

55 F. Macario, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, Editoriale del 17 marzo 2020; F. Macario, *Soppravvenienze e rimedi al tempo del Coronavirus: interesse individuale e solidarietà*, in *I contratti*, 2020, p. 129 ss.; D. Maffei, *Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da COVID-19*, in *Giustiziacivile.com*, 10 aprile 2020; L. Guerrini, *Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia*, in *Giustiziacivile.com*, 7 maggio 2020; A. M. Benedetti e R. Natoli, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, in <http://www.dirittobancario.it/editoriali/alberto-maria-benedetti-e-roberto-natoli/coronavirus-emergenza-sanitaria-e-diritto-dei-contratti-spunti-un-dibattito>, i quali prospettano altresì l'applicazione dell'art. 9 della l. n. 192 del 1998.

56 Si tratta soprattutto della monografia di E. Tuccari, *Soppravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova 2018, a proposito della quale v. le recensioni di F. P. Patti, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 790 ss.; F. Pirano, *Osservazioni intorno a Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e dir. priv.*, 2019, p. 585 ss.; L. Nonne, in *Osservatorio dir. civ. e comm.*, 2019, p. 307 ss.

57 E. Tuccari, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplina l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 843 ss.

58 M. Grondona, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica: l'eccessiva onerosità sopravvenuta tra buona fede e obbligo di rinegoziazione*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, p. 314 ss.

and the measures taken during the pandemic, performance has become excessively difficult (hardship principle), including when cost of performance has risen significantly, European States should ensure that, in accordance with the principle of good faith, parties enter into re-negotiations even if this has not been provided for in a contract or in existing legislation» (*Principle 13, Force majeure and hardship*).

Si deve peraltro rilevare che, nell'ambito del preesistente progetto di una impegnativa, per quanto frammentata, riforma del codice civile italiano, l'art. 1, lettera *i*), del d.d.l. delega n. 1151 del 2019 ha autorizzato il governo a «prevedere il diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta dalle parti».⁵⁹

Tale bozza di disposizione legislativa è coerente con l'evoluzione del diritto privato europeo più recente, il quale si è appunto preoccupato di consentire che l'equilibrio contrattuale sia mantenuto a fronte delle sopravvenienze fattuali (*change of circumstances*) che tendano a stravolgerlo, o comunque ad alterarlo.⁶⁰ I principali ordinamenti giuridici dell'Europa continentale hanno variamente recepito tali soluzioni riformando il proprio codice civile e promuovendo una più generale europeizzazione del diritto dei contratti e delle obbligazioni.⁶¹

La modificazione del rapporto contrattuale per adattarlo alle sopravvenienze è disciplinata dal diritto italiano solo con riguardo ad alcuni contratti tipici.⁶² Si tratta soprattutto dell'art. 1664 c.c.⁶³, nonché dell'art. 132 del d.lgs. n. 163 del 2006 (oggi art. 106 del d.lgs. n. 50 del 2016),⁶⁴ in materia di appalto; dell'art. 1623 c.c., in materia di affitto; delle disposizioni che disciplinano il *ius variandi* del prestatore di servizi finanziari, a cominciare dall'art. 118 t.u.b.⁶⁵

59 A tale proposito, mi permetto di rinviare a P. Sirena, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?*, in corso di pubblicazione su *Jus*, 2020. Per un primo commento del d.d.l. qui considerato, v. Inoltre F. Gambino, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Jus civile*, 2019, p. 397 ss., nonché, più in generale, F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

60 Per un'ampia analisi comparatistica, la quale si estende anche ad alcuni ordinamenti extraeuropei, v. R. Momberg Uribe, *The Effect of a Change of Circumstances on the Binding Force of Contracts*, Cambridge, 2011. Nella letteratura italiana, v. F. P. Traisci, *Sopravenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil law e common law*, Napoli, 2003.

61 Per qualche indicazione bibliografica, v. P. Sirena, *op. loc. ultt. citt.*

62 Mi permetto di rinviare a P. Sirena, *Le modificazioni unilaterali*, in *Tratt. del contratto*, dir. da V. Roppo, III, *Effetti*, a cura di M. Costanza, Milano, 2006, p. 141 ss.

63 Per tutti, v. V. Brizzolari e C. Cersosimo, *Organizzazione dei rapporti commerciali tra imprese e 'contratti relazionali'*, in *Contratti* 2019, p. 97 ss.; P. Corrias, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.* 2019, p.345 ss.; M. Mattioni, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.* 2014, p. 10567 ss.; L. Follieri, *L'appalto tra rimedi sinallagmatici e speciali*, in *Obbl. e contr.* 2012, p. 7 ss.

64 Resta peraltro ferma la tutela offerta dagli art. 1467 c.c. e dall'art. 1664 c.c., qualora ne ricorrano rispettivamente i presupposti (in tal senso, v. Cass., 18 maggio 2016, n. 10165).

65 A. M. Benedetti, *Il ius variandi, nei contratti bancari, esiste davvero? Appunti per una ricostruzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, p. 613 ss.; A. Barengi, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque*

Per quanto riguarda la disciplina del contratto in generale, è invece ampiamente controverso se, come si è già detto,⁶⁶ si possano configurare analoghi rimedi per preservare l'equilibrio contrattuale;⁶⁷ sono inoltre discussi i limiti entro i quali possano considerarsi valide apposite clausole contrattuali di rinegoziazione,⁶⁸ le quali sono reputate nulle se formulate in termini vaghi e generici.⁶⁹

Un intervento del legislatore è pertanto auspicabile, com'è stato autorevolmente ribadito dalla Commissione COVID-19 dell'Accademia dei Lincei con particolare riguardo ai contratti commerciali di durata.⁷⁰

Sia pure in un contesto settoriale, si può segnalare che il legislatore dell'emergenza si è mosso in tale direzione, disponendo che «in ragione della sospensione delle attività sportive [...] le parti dei rapporti di concessione, comunque denominati, di impianti sportivi pubblici possono concordare tra loro, ove il concessionario ne faccia richiesta, la revisione dei rapporti in scadenza entro il 31 luglio 2023, mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziario originariamente pattuite».⁷¹

anni dopo, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, p. 143 ss.; S. Pagliantini, *I nuovi luoghi di una parte generale del contratto e la cattedrale dei contratti bancari*, in *I contratti*, 2018, p. 253 ss.; A. Mirone, *La 'rilevanza del tempo' nella disciplina dei rapporti bancari di durata*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, p. 417 ss.; A. Mirone, *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, p. 377 ss.; S. Pagliantini, *L'incerta disciplina del nuovo ius variandi bancario: tracce per una lettura sistematica*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, p. 1 ss.; P. Sirena, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, p. 262 ss. 66 V. *supra*, § 5.

67 M. Barcellona, *Appunti a proposito di obblighi di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 467 ss.; E. Gabrielli, *Rimedi giudiziali e adeguamento del contenuto del contratto alle mutate circostanze di fatto*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, I, Napoli, 2005, p. 751 ss.; M. Timoteo, *Contratto e tempo*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 304 ss.; P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; P. Gallo, voce *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problemi di gestione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, VII, Torino, 1991, p. 246 ss.; R. Tommasini, voce *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 104 ss.

68 V. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; S. Landini, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione: l'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 179 ss.; F. Gambino, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 347 ss.; E. Del Prato, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 801 ss.; M.P. Pignalosa, *Clausole di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 411 ss.

69 P. Rescigno, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano. Considerazioni conclusive*, in U. Draetta e C. Vaccà (a cura di), *Contratti internazionali e mutamento delle circostanze: clausole monetarie, hardship, forza maggiore*, Milano, 1989, p. 95 ss.; A. Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 711 ss.; Id., De Jure Belli: *l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 27 ss.; G. Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contr. e impr.*, 2002, p. 774 ss.

70 Si tratta del documento *COVID e Contratti*, del 2 maggio 2020, che si può leggere in https://www.lincei.it/sites/default/files/documenti/Commissioni/ANL_Comm_Covid-19_contratti_2maggio2020.pdf. V. il commento di A. Gambaro, *Regolamentare i contratti B2B a circostanze eccezionali come Covid-19*, in https://www.huffingtonpost.it/entry/regolamentare-i-contratti-a-circostanze-eccezionali-come-covid-19_it_5eb152c5c5b60a92778203ec

71 Art. 216, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34.

La normativa emergenziale in materia de obbligazioni e di contratti in Italia

Fabrizio Piraino
Università di Palermo

1. Introduzione

L'emergenza epidemiologica provocata dall'infuriare del COVID-19 ha indotto il governo italiano all'adozione di misure di natura emergenziale che hanno toccato quasi ogni aspetto della vita privata e sociale dei cittadini, e non solo quelli di natura economica ma anche i profili più strettamente legati all'esplicazione di diritti fondamentali, quali la libertà di movimento e di sviluppo della propria personalità in attività svolte al di fuori della propria abitazione. È impossibile non ritornare con la mente alle pagine di Albert Camus e non proiettare su di noi le vicende che hanno colpito la città algerina Orano nella narrazione di Bernard Rieux. Delle svariate considerazioni di ordine istituzionale e di natura più squisitamente tecnica che la normazione emergenziale solleva, agli occhi del civilista rivestono particolare interesse le norme dedicate alla sorte dei rapporti obbligatori e dei contratti pendenti alla data del varo delle misure emergenziali, specie di quelle che hanno precluso o di svolgere o di fruire di larga parte delle attività economiche che implicano una qualunque forma di contatto personale o di spostamento sul territorio nazionale o anche oltre i confini.

Condivido senza riserve l'idea che la situazione sociale, sanitaria, economica e istituzionale determinata dalla pandemia rappresenti uno stato d'emergenza, non tanto dissimile dai periodi post-bellici,¹ ma che non debba e non possa essere considerata uno stato d'eccezione,² perché ciò equivarrebbe a manifestare la disponibilità, o anche l'acquiescenza, alla temporanea sospensione della democrazia e a un allentamento dei meccanismi che ne garantiscono e presidiano il funzionamento, giacché in senso schmittiano lo stato d'eccezione è la condizione che mette a nudo il potere su cui poggia un ordinamento e che impone la decisione politica fondamentale:

1 Questa è la chiave di lettura adottata da G. D'Amico (2020), letto in bozze grazie alla cortesia dell'A. Cfr. anche A. M. Benedetti (2020a, p. 213). Lo rileva anche, molto efficacemente, G. Carapezza Figlia (10 maggio 2020), letto in bozze, il quale ricorda gli importanti contributi di alcuni dei più autorevoli civilisti sulle conseguenze di sistema e di ordine valoriale emerse dalle macerie della prima Guerra mondiale: F. Vassalli (1960 [1919], 377 ss.); G. Carrara (1920, 256 ss.); F. Ferrara (1954 [1918], 70 ss.). Sulla legislazione di guerra e i contributi della scienza civilistica cfr. L. Moscati (2016, pp. 349 y ss). Sulle conseguenze economiche del primo conflitto mondiale cfr. A. Somma (2019, 1 ss.).

2 In senso diverso v. G. Agamben (26 febbraio 2020).

quella di proteggere gli amici e di combattere i nemici.³

Le principali disposizioni in materia di obbligazioni e contratti sono contenute in decreti leggi (d.l. 23 febbraio 2020, n. 6; d.l. 2 marzo 2020, n. 9; d.l. 17 marzo 2020, n. 18 c.d. «Cura Italia»; d.l. 8 aprile 2020, n. 23 c.d. «Liquidità») ora in parte abrogati e in parte convertiti, dalle leggi 5 marzo 2020, n. 13, di conversione del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, e 24 aprile 2020, n. 27, di conversione del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 e di abrogazione dei d.l. 9/20, 8 marzo 2020, n. 11 e 9 marzo 2020 n. 14. A tali decreti si è aggiunto ora di d.l. 19 maggio 2020, n. 34, c.d. «decreto rilancio», che reca misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. A tali fonti primarie si affianca un nugolo di provvedimenti normativi di natura secondaria, non aventi forza di legge, muniti della forma di Decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri (dpcm).

L'emergenza ha suscitato in molti degli studiosi messisi alla prova con l'analisi delle normative approntate per farvi fronte alcune considerazioni di carattere generale: dalla necessità di rinsaldare i vincoli comunitari, all'urgenza di far prevalere soluzioni improntate al principio della solidarietà sociale⁴ sino alla critica del positivismo di impianto legalistico. Altri hanno ritenuto di rintracciare nella situazione emergenziale l'occasione per l'introduzione di istituti da tempo auspicati o addirittura il momento epocale per una palingenesi del diritto civile sulla base di valori radicalmente diversi. Altri ancora hanno collocato il dramma della pandemia anche nel più ampio contesto dei rapporti tra l'Unione europea e gli Stati nazionali e dell'emergenza ambientale.⁵ Si sente anche la necessità di riflessioni di più ampio respiro, volte a inquadrare il dramma della pandemia nella dimensione storica, leggendolo anche tramite le lenti della letteratura.⁶ Al fondo di queste impostazioni si agita, con

3 C. Schmitt (1934); trad. it., a cura di G. Miglio e P. Schiera (1972, 33 ss.), com'è sin troppo noto, introduce un nuovo concetto di sovranità in base al quale il «sovrano è chi decide sullo stato di eccezione», nel senso che decide che sussiste lo stato di eccezione e, secondariamente, che decide cosa si debba fare per superarlo. Una decisione questa che non incontra limiti di carattere oggettivo, né dal punto di vista politico, né, tanto meno, dal punto di vista giuridico, pur collocandosi paradossalmente all'interno dell'ordinamento giuridico, il quale è come se annullasse sé stesso. In altri termini, lo stato d'eccezione va emergere nella maniera più lampante e con tutta la sua forza l'eccedenza del politico sul giuridico: «Nel caso d'eccezione, lo stato sospende il diritto, in virtù, come si dice, di un diritto di autoconservazione» (*ibidem*, 39).

4 Sotto questo specifico profilo particolarmente articolata e sorretta da una precisa visione del mondo è la proposta, formulata da U. Mattei & A. Quarta (7 maggio 2020, p. 8 ss.), di attingere al principio di solidarietà sociale, ma non in chiave tradizionalmente difensiva nei confronti di comportamenti scorretti di controparte, ma in termini più squisitamente proattivi, finalizzati all'affermazione di un diverso modo di intendere il mercato sulla base dei nuovi valori, tra i quali la cura dell'ambiente e del territorio e il consumo critico, in nome di una produzione sostenibile. In tal modo, il diritto privato contrattuale può rendersi «strumento di redistribuzione *hard*, di contrasto agli arricchimenti ingiustificati e alle rendite di posizione, di allocazione progressiva e non solo proporzionale dei sacrifici immani che i sussulti del capitalismo in crisi ecologica terminale stanno imponendo», e così sottrarsi al ruolo di mezzo di «mera copertura formale di imperativi di riproduzione del capitale, i quali, oltretutto, non hanno più bisogno di giuristi per verificarsi».

5 G. Grisi (2020, 197 ss., 203 ss.).

6 Cfr. Entrevista a Leysser León Hilarío (2020, p. 11 ss.).

ogni probabilità, l'urgenza di non sminuire la portata storica della pandemia e delle conseguenze sociali, economiche e politiche cui essa darà la stura⁷ e da ciò l'inclinazione a ricercare nelle pieghe di questa tragedia un lascito, più o meno ambizioso, che scongiuri il rischio di una banalizzazione degli eventi e che consenta di ricavare dall'eccezionalità un nuovo ordine, che aiuti a dare un senso più alto a questa vicenda senza pari. Dal canto mio, credo che tutto ciò sia legittimo e che la messa in discussione delle convinzioni sociali, economiche e giuridiche fin qui dominanti rappresenti un passaggio ineliminabile.⁸ Ritengo tuttavia preliminarmente l'assolvimento del dovere principale di uno studioso del diritto civile: maneggiare gli strumenti dell'interpretazione e della costruzione del sistema con l'obiettivo della conservazione dell'ordine sociale e, in una fase emergenziale, del contenimento entro limiti accettabili delle soluzioni normative eccezionali, come tali non integrabili nel sistema delle norme, privilegiando gli esiti applicativi che si rivelino, invece, plausibili sulla base del diritto generale e speciale.⁹ D'altro canto, a una prima valutazione la disciplina emergenziale non è apparsa agli osservatori più autorevoli dotata di una forza dirimpente degli istituti tradizionali del diritto delle obbligazioni e dei contratti.¹⁰

2. Il quadro normativo: l'art. 3, comma 6 bis, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 nei contratti a esecuzione istantanea e in quelli di durata

Il presupposto formale della normativa emergenziale che verrà passata in rassegna è rappresentato dalla Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 che ha dichiarato «per 6 mesi dalla data del presente provvedimento, lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili». Il primo intervento normativo è affidato al d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, relativo alle misure urgenti in materia di contenimento e gestione

7 Emblematici gli spunti di riflessione alta suggeriti da G. Vettori (2020), volti a porre il giurista di fronte alle sue responsabilità, cercando di rileggere le ricadute della pandemia e della normazione emergenziale in una chiave più generale. V. ritiene che «sia il momento di affrontare una riflessione comune sul diritto capace oggi di orientare la disciplina dei rapporti personali e patrimoniali oltre la contrapposizione fra assoluti (post-moderno e neo-realismo, legge e giudice, revisione o dissoluzione della positività del diritto). È necessario in questo momento accantonare l'impulso ad identificarsi con un metodo o una visione di parte, per aprire un dialogo costruttivo su ciò che può esprimere la più alta declinazione del ruolo e della funzione del diritto nella contemporaneità tragica e inedita di oggi».

8 In questa prospettiva si colloca il volume collettaneo K. Pistor (2020), dove lo sguardo spazia dalle ricadute sui diritti umani, sulla vita pubblica e sul benessere sociale (dai problemi elettorali, al sistema sanitario sino alla tutela dell'ambiente) sino alle questioni legate alla protezione dei dati personali e infine alle ricadute di ordine contrattuale o sulla crisi delle imprese.

9 Una convinzione analoga, sebbene fondata su presupposti metodologici differenti, esprime Carapezza Figlia (10 maggio 2020, p. 3, 12). Una medesima posizione, per di più ancorata a presupposti culturali e metodologici comuni a quelli di chi scrive, è assunta da E. Tuccari (2020), letto in bozze grazie alla cortesia dell'a.

10 D'Amico (2020): «non sembra a chi scrive che dall'esperienza di questi mesi-considerata attraverso l'analisi della "legislazione emergenziale" che si è formata-emergano (anche a prescindere dai limiti di una produzione normativa che risente evidentemente della fretta e dell'urgenza che ne hanno condizionato la formazione)-"novità" destinate a "rivoluzionare" l'attuale assetto normativo».

dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, che è già stato convertito con modificazioni nella già ricordata l. 5 marzo 2020, n. 13, ma in larga parte abrogato dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19.

La disposizione più significativa in materia di obbligazioni e di contratti è rappresentata, senza dubbio, dall'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20, dall'art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 c.d. «Cura Italia», in forza del quale «Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Si tratta indiscutibilmente di una delle disposizioni di maggiore impatto sul versante civilistico, con specifico riferimento alla gestione emergenziale dei rapporti obbligatori e di quelli contrattuali, anche alla luce del suo ambito di applicazione caratterizzato da massima generalità e astrattezza. E non è un caso se su di essa si siano concentrate le riflessioni di quasi tutti i primi commentatori della normativa contrattuale.¹¹

Secondo taluno, la norma in questione prevede una misura di contenimento in punto di responsabilità per inadempimento da parte del debitore, atteso che si tratterebbe di un inadempimento di natura esclusivamente formale, dovuto all'osservanza delle disposizioni di governo del rischio sanitario connesso al COVID-19. Ne deriva che, se l'inadempimento dovesse dipendere da altre ragioni, la disposizione non troverebbe applicazione e il debitore risulterebbe normalmente responsabile *ex art.* 1218 c.c. La norma in commento delineerebbe, dunque, una causa straordinaria di giustificazione dell'inadempimento, oltreché una causa legale di sospensione dell'adempimento che è ispirata dal medesimo principio che soggiace all'*exceptio inadimpleti contractus*.¹² Non manca chi ravvisa, invece, la *ratio* della norma nel favorire, pur evitando automatismi eccessivi, l'adattamento del rapporto obbligatorio all'emergenza in corso, in un'ottica di solidarietà sociale, che costituisce —com'è noto— il principio costituzionale abitualmente invocato in sede di concretizzazione della buona fede oggettiva nel quadro della *mittelbare Drittwirkung*, ma che non dovrebbe essere enfatizzato oltre misura, affidandone piuttosto la concretizzazione al legislatore dell'emergenza,¹³ secondo una linea di sviluppo che trova consensi

11 Senza alcuna pretesa di esaustività: cfr. A. Gentili (2020); A. M. Benedetti & R. Natoli (2020); A. M. Benedetti (2020a, 213 ss.); A. M. Benedetti (2020b); G. Vettori (2020, p. 3 ss.); F. Macario (2020a, 129 ss.); F. Macario (2020b); S. Verzoni (25 marzo 2020); A. De Mauro (27 marzo 2020); V. Cuffaro (31 marzo 2020); U. Salanitro (21 aprile 2020); F. Gigliotti, (1 aprile 2020); P. Chiarella, (1 aprile 2020); M. Rubino De Ritis (16 marzo 2020); R. Santagata (17 aprile 2020); C. Scognamiglio (15 aprile 2020); L. Salvato (16 aprile 2020); D. Maffei (10 aprile 2020); M. Maggiolo (17 aprile 2020); F. Fimmanò (26 marzo 2020); A. Panzarola & M. Farina (18 marzo 2020); R. Di Raimo (9 aprile 2020); M. Zaccheo (21 aprile 2020); M. R. Maugeri (22 aprile 2020); S. Guadagno (23 aprile 2020); S. Delle Monache (24 aprile 2020); E. Bellisario (27 aprile 2020); R. Morello (27 aprile 2020); S. Landini (4 maggio 2020); R. Franco (6 maggio 2020); Facci (6 maggio 2020); L. Guerrini (7 maggio 2020); Mattei & Quarta (7 maggio 2020); Grisi (2020, p. 190); A. A. Dolmetta (11 aprile 2020); T. Dalla Massara (30 marzo 2020); Tuccari (2020); V. Barba (2020); C. Twigg-Flesner (2020).

12 Benedetti (2020a, p. 213 ss), ma anche Benedetti (2020b, p. 4 ss).

13 Scognamiglio (15 aprile 2020, p. 6-7).

anche in giuristi stranieri.¹⁴ Nel segno della preferenza per rimedi imperniati su un certo automatismo, sembrano orientarsi le proposte di coloro che prediligono il ricorso a forme di autotutela contrattuale (come, ad esempio, la modifica unilaterale dei termini del contratto, ovvero il richiamo alla situazione di dipendenza economica) giustificate dall'attuale situazione emergenziale.¹⁵

Più in generale, la norma in questione pare integrare un riconoscimento *ex lege* dell'impossibilità temporanea non imputabile al debitore *ex art. 1256, comma 2, c.c.*¹⁶. Certo, occorre valutare quanto nel concreto rapporto obbligatorio in esame le misure sanitarie possano incidere sulla possibilità di adempimento da parte del debitore nonostante il periodo di blocco forzato delle attività e di confinamento in casa. La norma non pone, quindi, una «giustificazione» generalizzata all'inadempimento, ma disciplina una clausola preclusiva della responsabilità del debitore per sospensione del rapporto obbligatorio, determinato da impossibilità temporanea della prestazione adempimento, il cui impatto va accertato caso per caso, senza il riconoscimento di alcun generalizzato effetto giustificativo.¹⁷

In via preliminare va segnalato che l'effetto sospensivo dell'obbligazione provocato dal *factum principis* incorporato nell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20 è legato alle misure limitative delle libertà individuali di spostamento e di riunione, nonché di larga parte delle attività economiche.¹⁸ Alla base di tale *factum principis* non si agita una semplice scelta politica, ma una vicenda eccezionale di *vis maior*, che le norme emergenziali hanno avuto cura di formalizzare. Il dato non è irrilevante perché l'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20 e le altre disposizioni sull'impossibilità che verranno esaminate ancorano l'effetto ora estintivo ora sospensivo delle obbligazioni e dei vincoli contrattuali al perdurare, assai limitato nel tempo, dell'efficacia di tali norme emergenziali; ma il sostrato socio-economico della forza maggiore e il suo effetto impeditivo di talune prestazioni potrebbero perdurare oltre il vigore delle disposizioni che la formalizzano.¹⁹ Ovviamente si ribalteranno i pesi probatori: mentre ora il debitore

14 León Hilario (2020, p. 16).

15 Benedetti & Natoli (2020), il quali muovono dalla centralità che in una situazione emergenziale acquista la clausola generale di buona fede, specie in funzione integrativa, la quale può divenire fonte di un obbligo di rinegoziazione, tale da consentire al contratto di «vivere la sua emergenza, lasciandolo poi libero, passata la tempesta, di riprendere a scorrere regolarmente, nell'assetto originariamente concordato». B&N rintracciano nella disciplina generale del contratto e nella legislazione speciale gli istituti idonei a reagire all'inadempimento dell'obbligo *ex fide bona* di rinegoziare, quali il ricorso all'eccezione di inadempimento in funzione di reazione in autotutela a tale inadempimento o l'interpretazione estensiva dell'art. 9 l. n. 192 del 1998, in materia di abuso di dipendenza economica.

16 Il punto trova concordi diversi autori Benedetti (2020a, p. 216); Dolmetta (11 aprile 2020, p.3-4); Verzoni (25 marzo 2020, p. 5, 8 ss), specie con riferimento ai contratti di locazione; Franco (6 maggio 2020, p. 8-10 ss.); Carapezza Figlia (10 maggio 2020, p. 8 ss); Tuccari (2020, §§ 5, 5.2).

17 Benedetti (2020a, p., 214): «l'osservanza delle misure di contenimento deve essere "valutata ai fini dell'esclusione della responsabilità del debitore"; questo dovrebbe significare che non vi è automatismo tra "osservanza delle misure di contenimento" ed "esclusione" della responsabilità del debitore, ma che, piuttosto, il giudice deve valutare, secondo le circostanze, se la misura di contenimento sia stata o no causa esclusiva dell'inadempimento».

18 Analoghe considerazioni compie León Hilario (2020, p. 23) nel contesto dell'ordinamento peruviano.

19 Franco (6 maggio 2020, 6 ss.), il quale assai opportunamente opera una distinzione tra «converterà allora distinguere tra gli effetti provocati dalla regola giuridica (che provvede alla qualificazione dell'e-

si può limitare a invocare la previsione normativa, allegando le prescrizioni di contenimento del contagio che precludono la sua attività solutoria, e altrettanto può fare il creditore in caso di impossibilità per inutilità della prestazione;²⁰ quando le norme eccezionali avranno cessato di produrre i loro effetti, spetterà a chi fa appello alla forza maggiore la prova della sua perdurante efficacia preclusiva dell'adempimento o dell'utilizzazione della prestazione.

Va segnalato sin da subito che le conseguenze dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20 mutano sensibilmente a seconda che il rapporto obbligatorio presenti natura istantanea o, al limite, a tratto successivo (ad attuazione successiva o protratta nel tempo per esigenze strumentali all'adempimento), oppure natura di durata. La «moratoria» dell'inadempimento o del ritardo sulla prima tipologia di obbligazioni mira a posticipare l'attuazione del vincolo alla revoca delle misure che rendono temporaneamente impossibile la prestazione, senza imputare a responsabilità del debitore la ritardata prestazione, con conseguente sospensione della controprestazione in applicazione del principio *inadimplenti non est adimplendum*²¹ che, in sede giudiziaria, fonda autotutela attuata mediante l'*exceptio inadimplenti contractus* di cui all'art. 1460 c.c.,²² e che una corrente di pensiero radicata ritiene applicabile anche nel caso di violazione non imputabile del contratto, come, per l'appunto, quella determinata da un'impossibilità non colposa di carattere temporaneo.²³ Ovviamente tale prolungamento della fase attuativa del vincolo potrebbe produrre riflessi sull'equilibrio del sinallagma, qualora si tratti di obbligazioni nascenti da contratti con prestazioni corrispettive, ma i margini di influenza paiono ridotti e, per lo meno in termini generali, non vi sono ragioni che giustifichino una modificazione del contenuto del rapporto obbligatorio. Venuta meno la causa di impossibilità temporanea, l'obbligazione tornerà a dispiegare i suoi effetti in chiave solutoria.

Com'è naturale, è ben possibile che il protrarsi della causa di impossibilità trasformi la temporaneità in definitività, come, d'altro canto, prevede l'art. 1256, comma 2, c.c. decretando l'estinzione dell'obbligazione «se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla». Tale disposizione generale comporta sul terreno del contratto il ricorso alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta totale *ex art. 1463 c.c.*, la quale libera dalle prestazioni non ancora eseguite e

vento eccezionale mediante l'introduzione di «misure di contenimento») e gli effetti prodotti della causa (*id est*: dell'evento a fondamento dell'adozione) della regola giuridica. Se i primi saranno assistiti da quell'intrinseca e formale temporaneità che assiste pure l'efficacia della regola giuridica che li genera, sì che esauritasi la vigenza di questa anche quegli effetti si esauriranno; i secondi saranno direttamente riconducibili all'evento emergenziale in sé, senza l'intervento del filtro giuridico, sì che il debitore (ma anche il creditore), anche a prescindere dalla vigenza della divisata regola giuridica, potrà ad esso rimettersi nel tradizionale rinvio alla figura della forza maggiore, dimostrando l'incidenza di essa sulla prestazione in termini di (sopravvenuta) impossibilità, ora definitiva con l'estinzione del rapporto, ora temporanea, con una modificazione dello stesso.

20 In tal senso Benedetti (2002a, p. 216); Franco (6 maggio 2020, p. 9).

21 Sul principio cfr. F. Addis (2013, p. 57 ss.).

22 Benedetti (2002a, p. 216) parla al riguardo di una causa legale di sospensione della controprestazione, «estranea, quanto ai presupposti, al contesto proprio dell'*exceptio inadimplenti contractus ex art. 1460 c.c.*».

23 A. M. Benedetti (2011, p. 54); V. Roppo (2011, p. 920-921); L. Bigliazzi Geri (1988, p. 18 ss.).

determina la ripetizione di quelle già attuate, secondo la disciplina della ripetizione dell'indebitto, salve deroghe come quelle che sono previste dalla legislazione d'emergenza e che verranno esaminate nel prosieguo. La normativa eccezionale di natura emergenziale ha fatto applicazione di tali regole generali dapprima in materia di contratti di trasporto e di pacchetto turistico con l'art. 28 d. l. 2 marzo 2020, n. 9²⁴ e poi in materia di contratti di soggiorno e di acquisto di biglietti

24 L'art. 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, rubricato «Rimborso titoli di viaggio e pacchetti turistici», stabilisce che «1. Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre stipulati: a) dai soggetti nei confronti dei quali è stata disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente, in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, con riguardo ai contratti di trasporto da eseguirsi nel medesimo periodo di quarantena o permanenza domiciliare; b) dai soggetti residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio, come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, con riguardo ai contratti di trasporto da eseguirsi nel periodo di efficacia dei predetti decreti; c) dai soggetti risultati positivi al virus COVID-19 per i quali è disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente ovvero il ricovero presso le strutture sanitarie, con riguardo ai contratti di trasporto da eseguirsi nel medesimo periodo di permanenza, quarantena o ricovero; d) dai soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, con riguardo ai contratti di trasporto da eseguirsi nel periodo di efficacia dei predetti decreti; e) dai soggetti che hanno programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, con riguardo ai contratti di trasporto da eseguirsi nel periodo di efficacia dei predetti provvedimenti; f) dai soggetti intestatari di titolo di viaggio, acquistati in Italia, avente come destinazione Stati esteri, dove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della situazione emergenziale epidemiologica da COVID-19. 2. I soggetti di cui al comma 1 comunicano al vettore il ricorrere di una delle situazioni di cui al medesimo comma 1 allegando il titolo di viaggio e, nell'ipotesi di cui alla lettera e), la documentazione attestante la programmata partecipazione ad una delle manifestazioni, iniziative o eventi indicati nella medesima lettera e). Tale comunicazione è effettuata entro trenta giorni decorrenti: a) dalla cessazione delle situazioni di cui al comma 1, lettere da a) a d); b) dall'annullamento, sospensione o rinvio del corso o della procedura selettiva, della manifestazione, dell'iniziativa o dell'evento, nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera e); c) dalla data prevista per la partenza, nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera f). 3. Il vettore, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 2, procede al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio ovvero all'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione. 4. Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 trovano applicazione anche nei casi in cui il titolo di viaggio sia stato acquistato per il tramite di un'agenzia di viaggio. 5. I soggetti di cui al comma 1 possono esercitare, ai sensi dell'articolo 41 del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, il diritto di recesso dai contratti di pacchetto turistico da eseguirsi nei periodi di ricovero, di quarantena con sorveglianza attiva, di permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva ovvero di durata dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6. In caso di recesso, l'organizzatore può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore, può procedere al rimborso nei termini previsti dai commi 4 e 6 dell'articolo 41 del citato decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, oppure può emettere un voucher, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso

per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura con l'art. 88 d.l. 17 marzo 2020, n. 18 c.d. «Cura Italia».²⁵ Le due disposizioni sono state abrogate dalla l. 24 aprile 2020, n. 27 e sostituite rispettivamente dall'art. 88-*bis* d.l. 18/2020 sui contratti di viaggio e di pacchetti turistici, cui sono stati accorpati i contratti di soggiorno²⁶

spettante. 6. In relazione alle ipotesi disciplinate dall'articolo 1, comma 2, lettera f), del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, il rimborso può essere effettuato anche mediante l'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione. 7. Nei casi di cui ai commi 5 e 6, il vettore procede al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio in favore dell'organizzatore ovvero all'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione. 8. Le disposizioni di cui al presente articolo costituiscono, ai sensi dell'articolo 17 della legge del 31 maggio 1995, n. 218 e dell'articolo 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, norme di applicazione necessaria. 9. Alla sospensione dei viaggi ed iniziative d'istruzione disposta dal 23 febbraio al 15 marzo ai sensi degli articoli 1 e 2 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, e dei conseguenti provvedimenti attuativi, si applica quanto previsto dall'articolo 41, comma 4, del decreto legislativo 23 maggio 2011, n. 79, in ordine al diritto di recesso del viaggiatore prima dell'inizio del pacchetto di viaggio nonché l'articolo 1463 del codice civile. Il rimborso può essere effettuato anche mediante l'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione». Sul punto cfr. Santagata (17 aprile 2020). Sul ruolo e la portata dell'art. 41 d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, c.d. codice del turismo (cod. tur.) cfr. S. Mazzamuto (2020, p. 626 ss.) e S. Pagliantini (2018, p. 57 ss.).

25 La formulazione originaria dell'88 d.l. 18/2020 statuiva che: «1 Le disposizioni di cui all'articolo 28 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 si applicano anche ai contratti di soggiorno per i quali si sia verificata l'impossibilità sopravvenuta della prestazione a seguito dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto legge 23 febbraio 2020 n. 6. 2. A seguito dell'adozione delle misure di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e d) del decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020 e a decorrere dalla data di adozione del medesimo decreto, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura.

3. I soggetti acquirenti presentano, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, apposita istanza di rimborso al venditore, allegando il relativo titolo di acquisto. Il venditore, entro trenta giorni dalla presentazione della istanza di cui al primo periodo, provvede all'emissione di un voucher di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro un anno dall'emissione.

4. Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 si applicano fino alla data di efficacia delle misure previste dal decreto del Presidente del Consiglio 8 marzo 2020 e da eventuali ulteriori decreti attuativi emanati ai sensi dell'articolo 3, comma 1, del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6».

26 L'art. 88-*bis* d.l. 18/2020: «Rimborso di titoli di viaggio, di soggiorno e di pacchetti turistici). - 1. Ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestri, ai contratti di soggiorno e ai contratti di pacchetto turistico stipulati: a) dai soggetti nei confronti dei quali è stata disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente, in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel medesimo periodo di quarantena o permanenza domiciliare; b) dai soggetti residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio, come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti decreti; c) dai soggetti risultati positivi al virus COVID-19 per i quali è disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente ovvero il ricovero presso le strutture sanitarie, con riguardo ai contratti da eseguire nel medesimo periodo di permanenza,

e dalla nuova formulazione dell'art. 88 d.l. 18/2020²⁷ relativo soltanto ai contratti di

quarantena o ricovero; d) dai soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti decreti; e) dai soggetti che hanno programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti provvedimenti; f) dai soggetti intestatari di titolo di viaggio o acquirenti di pacchetti turistici, acquistati in Italia, aventi come destinazione Stati esteri, dove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della situazione emergenziale epidemiologica da COVID-19. 2. I soggetti di cui al comma 1 comunicano al vettore o alla struttura ricettiva o all'organizzatore di pacchetti turistici il ricorrere di una delle situazioni di cui al medesimo comma 1 allegando la documentazione comprovante il titolo di viaggio o la prenotazione di soggiorno o il contratto di pacchetto turistico e, nell'ipotesi di cui alla lettera e) del comma 1, la documentazione attestante la programmata partecipazione ad una delle manifestazioni, iniziative o eventi indicati nella medesima lettera e). Tale comunicazione è effettuata entro trenta giorni decorrenti: a) dalla cessazione delle situazioni di cui al comma 1, lettere da a) a d); b) dall'annullamento, sospensione o rinvio del concorso o della procedura selettiva, della manifestazione, dell'iniziativa o dell'evento, nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera e); c) dalla data prevista per la partenza, nell'ipotesi di cui al comma 1, lettera f). 3. Il vettore o la struttura ricettiva, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al comma 2, procedono al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio e per il soggiorno ovvero all'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione. 4. In relazione ai contratti stipulati dai soggetti di cui al comma 1, il diritto di recesso può essere esercitato dal vettore, previa comunicazione tempestiva all'acquirente, quando le prestazioni non possono essere eseguite in ragione di provvedimenti adottati dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. In tali casi il vettore ne dà tempestiva comunicazione all'acquirente e, entro i successivi trenta giorni, procede al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio oppure all'emissione di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione. 5. Le strutture ricettive che hanno sospeso o cessato l'attività, in tutto o in parte, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 possono offrire all'acquirente un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore con restituzione della differenza di prezzo, oppure procedere al rimborso del prezzo o, altrimenti, possono emettere un voucher, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante».

27 L'art. 88 d.l. 18/2020: «1. A seguito dell'adozione delle misure di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b) e d), del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 e a decorrere dalla data di entrata in vigore del medesimo decreto, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di acquisto di titoli di accesso per spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura. 2. I soggetti acquirenti presentano, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero dalla diversa data di cui al secondo periodo del comma 3, apposita istanza di rimborso al soggetto organizzatore dell'evento, anche per il tramite dei canali di vendita da quest'ultimo utilizzati, allegando il relativo titolo di acquisto. L'organizzatore dell'evento, verificata l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e, conseguentemente, l'inutilizzabilità del titolo di acquisto oggetto dell'istanza di rimborso, provvede alla emissione di un voucher di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro un anno dall'emissione. 3. Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano fino alla data di efficacia delle misure previste dal decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 8 marzo 2020 e da eventuali ulteriori decreti attuativi emanati ai sensi dell'articolo 2, commi 1 e 2, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19. In tali ultimi casi, il termine utile alla

acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura.

Ben diverse sono le conseguenze della norma sulle obbligazioni di durata, le quali —com'è noto— sono caratterizzate dalla centralità rivestita dal tempo, sotto forma di prolungamento del rapporto, per effetto della natura durevole dell'interesse creditorio, la cui realizzazione esige, dunque, una prestazione continuativa o periodica.²⁸ Il tratto principale delle obbligazioni di durata va ricercato nella rilevanza del tempo, che qui non si atteggia a elemento strumentale all'adempimento, come potrebbe accadere nelle obbligazioni la cui attuazione richiede un certo lasso temporale di lavorazione o di procacciamento dei mezzi per attuarla, ossia nelle c.d. obbligazioni a tratto successivo (ad es. l'obbligazione dell'appaltatore di opere), ma come un requisito essenziale, intrinseco si potrebbe dire, dell'adempimento²⁹. Soltanto una prestazione prolungata o reiterata nel tempo è idonea a realizzare l'interesse del creditore e da ciò discende il carattere del suo soddisfacimento progressivo. Come chiarito dalla dottrina più autorevole: «la prestazione è determinata in funzione della durata stessa, in quanto la sua entità quantitativa dipende dalla durata del rapporto. La durata funge, secondo l'espressione dell'Osti (cit.), da nota individuale della prestazione e non da modalità esecutiva di essa».³⁰ In altri termini, il connotato delle obbligazioni di durata risiede nel prolungamento nel tempo non tanto della fase dell'attuazione, la quale caratterizza anche le obbligazioni finalizzate a realizzare interessi non durevoli se la protrazione si rivela necessaria per approntare la prestazione; quanto piuttosto nella protrazione dell'interesse creditorio, la cui soddisfazione incorpora la realizzazione nel tempo, sicché, se le obbligazioni sono *ex contractu*, il tempo irrompe nella causa del contratto.³¹ Le ricadute applicative di questo connotato sono note: le prestazioni eseguite sono definitivamente acquisite dal creditore e, in caso di scioglimento del contratto (art. 1458, comma 1, secondo periodo c.c.) o di perdita della sua efficacia per l'operare del meccanismo condizionale (art. 1360, comma 2, c.c.), ne è esclusa la ripetizione, in quanto la cessazione degli effetti non retroagisce. Nel caso invece di invalidità, le più profonde ragioni dell'inefficacia, ancorate a vizi strutturali o funzionali del negozio, non consente di escludere la retroattività dell'effetto caducatorio e allora, non essendo praticabile la ripetizione in natura, si deve ripiegare su quella per equivalente (arg. ex artt. 2037 e 2038 c.c.). La ragione alla base della regola dell'irripetibilità delle prestazioni eseguite in caso di cessazione degli effetti contrattuali e di quella della ripetizione

presentazione dell'istanza di cui al primo periodo del comma 2 decorre dalla data di entrata in vigore dei provvedimenti successivamente adottati».

28 In tema di contratti di durata resta imprescindibile lo studio di G. Oppo (1943, p. 143 ss. 227 ss.) ed *ivi* (1944, 18 ss.) ora in *Scritti giuridici*, III, Padova (1992, 200 ss.) da cui le successive citazioni; ma v. anche, sotto il codice civile del 1865, G. Osti (1912, p. 1 ss.); G. Osti (1913, p. 471 ss.) e L. Mossa (1914, *passim*); e sotto il codice vigente cfr. L. Devoto (1947, p. 295 ss.); G. Osti (1959, p. 355 ss.); A. De Martini (1965, p. 655 ss.); S. Sangiorgi (1965, *passim*); A. Di Majo (1988, p. 85 ss.); A. Chianale (1995, p. 394 ss.); F. Macario (1996, p. 72 ss.); F. Macario (2002, p. 63 ss.); M. Granieri (2007, *passim*, in part. p. 89 ss.); F. Piraino (2011a, p. 370 ss.); A. Luminoso (2010, p. 501 ss.); F. Longobucco (2012, *passim*, in part. p. 12 ss.). E in lingua spagnola cfr. E. Gabrielli (2018, p. 123 ss.).

29 Oppo (1992, p. 218-223).

30 Oppo (1992, p. 240).

31 Luminoso (2010, p. 501 ss.).

per equivalente nel caso di inefficacia a seguito di invalidità è comune: i singoli atti solutori della prestazione continuativa e della prestazione periodica sono direttamente soddisfatti e, quindi, vanno considerati acquisiti in via definitiva, giustificando quindi, anche in caso di risoluzione o di condizione risolutiva, il pagamento della porzione di corrispettivo a loro riferita.

I caratteri delle obbligazioni di durata così sommariamente riepilogati vanno tenuti in considerazione in sede di applicazione dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20. La moratoria legale e l'effetto sospensivo dell'obbligazione integra gli estremi dell'impossibilità temporanea di cui all'art. 1256, comma 2, c.c. se l'obbligazione è ad esecuzione istantanea o, al limite, a lungo termine; mentre nelle obbligazioni di durata produce un effetto duplice. Sul piano del rapporto obbligatorio, tale effetto legale determina l'impossibilità definitiva non imputabile al debitore con riguardo alle prestazioni che avrebbero dovuto essere eseguite nelle unità di tempo durante le quali hanno operato le misure di contenimento del virus idonee a impedire la prestazione; mentre, sul piano del contratto, esso attua un'impossibilità parziale *ex art. 1464 c.c.*³² in quanto la causa dell'impossibilità ha carattere transitorio e non rischia di travolgere la parte residua del contratto di durata.³³ In altri termini, la causa temporanea di impossibilità determina l'impossibilità definitiva delle prestazioni che avrebbero dovuto essere eseguite nelle unità di tempo in cui è stata in vigore la moratoria legata alle misure di contenimento del virus, in quanto la loro utilità è intimamente legata al tempo in cui erano programmate e, di conseguenza, la loro esecuzione non si presta ad essere posticipata, ma, in pari tempo, la natura congiunturale della causa preclude la configurazione dell'impossibilità definitiva anche dell'intero rapporto contrattuale³⁴ e, dunque, il ricorso al rimedio ablativo della risoluzione *ex art. 1463 c.c.*³⁵ È celebre l' ammonimento di Luigi Mengoni a non sovrapporre l'impossibilità temporanea *ex art. 1256, comma 2, c.c.* all'impossibilità parziale *ex art. 1464 c.c.*,³⁶ formulato in

32 Sul punto cfr. L. Cabella Pisu (2002, p. 146 ss.); F. Delfini (2003, p. 26 ss.); S. Pagliantini (2011, p. 592 ss.).

33 Con riferimento ai contratti di locazione a uso commerciale cfr. Carapezza Figlia (10 maggio 2020, p. 11), nell'ottica del riequilibrio del rapporto. *Contra* Salanitro (21 aprile 2020, p. 9), il quale ritiene indispensabile il ricorso al giudice in forza dell'applicazione analogica degli artt. 1578 e 1584 c.c., in materia di vizi e riparazioni della cosa locata, mentre giudica la riduzione in autotutela della prestazione fomite di possibili opportunismi da parte del conduttore.

34 C. M. Bianca (2012, p. 405-406) ritiene che l'impossibilità temporanea possa essere assimilata all'impossibilità parziale e, di conseguenza, che sussistano i presupposti per l'applicazione (in via analogica) dell'art. 1464 cod. civ. anche nei casi d'impossibilità temporanea.

35 La ragione sistematica alla base di tale soluzione risiede, dunque, nella possibilità di coniugare nei contratti di durata l'impossibilità temporanea di cui all'art. 1256, comma 2, c.c. con la risoluzione parziale di cui all'art. 1464 c.c. e non tanto nell'efficacia immediata del principio implicito di proporzionalità: in tal senso v. invece Carapezza Figlia (10 maggio 2020, p. 10): «la necessità di salvaguardare la proporzionalità dello scambio, compromessa dalla riduzione del godimento dell'immobile, per effetto dell'evento sopravvenuto, si realizza adeguatamente mediante il meccanismo di riequilibrio previsto dall'art. 1464 c.c.».

36 L. Mengoni, *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, IV, Bologna, 1953, p. 261 ss., ora in L. Mengoni (2011, p. 105 ss., in part. p. 119 ss.), da cui le successive citazioni.

critica alla posizione di Andrea Torrente.³⁷ La prima si caratterizza per il ritardo non imputabile, ma non incide sull'oggettiva consistenza della prestazione, potendo al massimo determinare una diminuzione del suo valore in termini soggettivi, ossia dal punto di vista della *contemplatio creditoris*.³⁸ Tutt'al contrario, l'impossibilità parziale presuppone la divisibilità della prestazione e incide su una parte dell'oggetto, diminuendo la quantità oggettiva della prestazione: «nell'impossibilità parziale in senso tecnico, la diminuzione ha carattere oggettivo, è valutabile indipendentemente dalla *contemplatio creditoris*. Mentre, nell'impossibilità temporanea, la diminuzione di valore della prestazione è apprezzabile soltanto in rapporto all'interesse soggettivo del creditore: l'utilità oggettiva del bene dovuto rimane impregiudicata»³⁹. Nella prospettiva dell'obbligazione e dunque nel rapporto tra gli artt. 1256, comma 2, e 1258 c.c., la distinzione tracciata da Mengoni è senza alcun dubbio valida, ma essa si attenua nel diverso contesto del rapporto sinallagmatico di durata, al cui interno va collocata la concettualizzazione dell'impossibilità parziale presupposta dall'art. 1464 c.c. Nella chiave dell'equilibrio sinallagmatico del rapporto di durata, la quantità dell'oggetto dell'obbligazione può dipendere in senso biunivoco dal fattore tempo (ciò forse non vale nella prestazione lavorativa, a partire dalla quale si sviluppa la riflessione di Mengoni,⁴⁰ ma sembra valere nella prestazione locativa e nelle somministrazioni continuative). Per di più, il valore oggettivo del contenuto dell'obbligazione si ricava in termini non assoluti, ma relativi alla luce della controprestazione. Il concorso di questi due fattori può rendere una prestazione solo temporaneamente impossibile sul piano dell'obbligazione, parzialmente impossibile sul terreno del contratto con prestazioni corrispettive di durata, vanificando in via definitiva *ratione temporis* i segmenti della prestazione continuativa o periodica impediti dalla sopravvenienza e così decurtando la misura oggettiva della prestazione, calcolata in funzione sia del tempo e sia dell'entità del corrispettivo. In tal modo, anche un'impossibilità temporanea dell'obbligazione si può tradurre in un'impossibilità parziale del contratto che altera l'equilibrio sinallagmatico, giustificando la risoluzione parziale.

Si pensi al caso del contratto di abbonamento al servizio di trasporto pubblico, il cui corrispettivo è commisurato sulla durata complessiva del contratto pari al semestre o all'anno ma la prestazione di servizio va assicurata senza soluzioni di continuità a semplice richiesta del creditore-passeggero. O ancora si pensi al contratto di servizi sportivi offerti da un circolo o da una palestra, sempre nel caso in cui il corrispettivo sia commisurato non in funzione del numero di prestazioni richieste ma sull'intera durata del contratto, con libertà di fruizione da parte del creditore.⁴¹ E infine si pensi

37 A. Torrente (1949-1950, p. 109 ss.).

38 Mengoni (2011, p. 119-120).

39 Mengoni (2011, 120).

40 Cfr. infatti i rilievi di (2011, 123 ss.).

41 Il Governo è intervenuto su questo punto con il d.l. 34/2020 all'art. 216, comma 4, privilegiando la via della risoluzione totale per impossibilità definitiva della prestazione ex art. 1463 c.c.: «A seguito della sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi, ricorre la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta in relazione ai contratti di abbonamento per l'accesso ai servizi offerti da palestre, piscine e impianti sportivi di ogni

alla fattispecie che più di ogni altra ha catturato l'attenzione nel dibattito sviluppatosi intorno alle norme di contrasto della pandemia: le locazioni di immobili a uso commerciale colpite da impossibilità parziale e temporanea.⁴² Qui tuttavia lo scenario si fa più complesso⁴³ perché l'impossibilità temporanea di godimento del bene si presenta doppiamente parziale: lo è nei termini in precedenza segnalati, in quanto l'effetto impossibilitante colpisce soltanto un segmento temporale del contratto di durata, ma lo è anche in termini assoluti.⁴⁴ Anche durante il vigore delle misure limitative dello svolgimento delle attività economiche, il godimento del bene immobile infatti perdura, sebbene in misura drasticamente ridotta, conservando il conduttore la detenzione dell'immobile e dunque la possibilità di servirsene per lo meno sotto il profilo della conservazione e della custodia dei fattori produttivi (macchinari, arredi, materie prime etc.).⁴⁵ Ecco allora che è necessario immaginare un ricorso più accorto e misurato alla risoluzione parziale⁴⁶ finalizzato a non resecare l'intero ammontare dei corrispettivi dovuti nel periodo di impossibilitata utilizzazione del bene immobile, come invece accadrebbe nel caso di inutilità totale nel periodo considerato, ma a ridurne l'ammontare in misura tale da ripristinare l'equilibrio con l'utilità residua che la prestazione di dazione in godimento continua comunque a offrire al conduttore.⁴⁷

tipo, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1463 del codice civile. I soggetti acquirenti possono presentare, entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, istanza di rimborso del corrispettivo già versato per tali periodi di sospensione dell'attività sportiva, allegando il relativo titolo di acquisto o la prova del versamento effettuato. Il gestore dell'impianto sportivo, entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di cui al periodo precedente, in alternativa al rimborso del corrispettivo, può rilasciare un voucher di pari valore incondizionatamente utilizzabile presso la stessa struttura entro un anno dalla cessazione delle predette misure di sospensione dell'attività sportiva».

42 Sul punto cfr. Salanitro (21 aprile 2020, p. 1 ss.) seguito da Tuccari (2020, § 5.2), la cui posizione è particolarmente elaborata, distinguendo la fattispecie dell'impossibilità dell'uso del bene da parte del conduttore per impedimenti relativi all'attività del conduttore, il cui rischio non può che ricadere sul conduttore stesso che non può pretendere di sospendere o di ridurre il pagamento del canone, e la fattispecie dell'impossibilità dell'uso legata a impedimenti connessi alle caratteristiche del bene, il cui rischio va invece addossato al locatore (in tale ultima fattispecie la giurisprudenza favorevole a riconoscere la risoluzione al conduttore: Cass. civ. n. 16918 de 2019; Cass. civ. n. 19205 de 2018; Cass. civ. n. 15377 de 2016; Cass. civ. n. 666 de 2016; Cass. civ. n. 13651 de 2014); Cuffaro (31 marzo 2020, p. 1 ss., in part. p. 4 ss.); Carapezza Figlia (10 maggio 2020, p. 7 ss.).

43 Sono dunque comprensibili le perplessità nutrite da Salanitro (21 aprile 2020, p. 8 ss.) in ordine al ricorso al combinato disposto dell'impossibilità temporanea *ex art.* 1256, comma 2, c.c. e della risoluzione *ex artt.* 1463 e 1464 c.c.

44 Trova così conferma la posizione di Mengoni (2011, p. 120) secondo cui «se si guarda all'oggetto, l'impossibilità temporanea può essere totale o parziale; e, corrispondentemente, l'impossibilità parziale, quando sia valutata in funzione del tempo, può essere temporanea o definitiva». E tuttavia M. poi aggiunge che «da queste valutazioni la legge rispettivamente prescinde: nell'impossibilità temporanea rileva esclusivamente il fatto del ritardo della prestazione; nell'impossibilità parziale, esclusivamente il fatto che la prestazione è *attualmente* possibile solo per una parte».

45 Lo segnala opportunamente Gentili (2020, p. 7).

46 Molto cauto sul punto V. Barba (2020, p. 82), il quale ammette il ricorso all'art. 1464 c.c. ma non in termini generali.

47 Non mi pare che precluda la riduzione del canone di locazione l'art. 65 d.l. 18/2020 sul riconoscimento, per l'anno 2020, di un credito di imposta un credito d'imposta nella misura del 60 per cento dell'ammontare del canone di locazione, relativo al mese di marzo 2020, di immobili rientranti nella

In effetti, è inverosimile ritenere che un'operazione di riduzione del canone così delicata possa avvenire in via automatica e in sede stragiudiziale, potendosi al limite ottenere soltanto nell'ambito di una rinegoziazione volontaria. In assenza di un accordo modificativo tra le parti,⁴⁸ pare giocoforza la mediazione giudiziale.⁴⁹ Una conferma della bontà di questa impostazione proviene dal fronte della legislazione emergenziale che ha espressamente inquadrato le ricadute delle misure emergenziali limitative delle attività individuali e collettive sui contratti di locazione di locazione, o comunque di concessione, di impianti sportivi nel contesto dell'impossibilità temporanea e della risoluzione per impossibilità parziale *ex art.* 1464 c.c. L'art. 216, comma 3, d.l. 34/2020 prevede infatti che «La sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi dei citati decreti legge 23 febbraio 2020, n. 6, e 25 marzo 2020, n. 19, è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione di palestre, piscine e impianti sportivi di proprietà di soggetti privati. In ragione di tale squilibrio il conduttore ha diritto, limitatamente alle cinque mensilità da marzo 2020 a luglio 2020, ad una corrispondente riduzione del canone locatizio che, salva la prova di un diverso ammontare a cura della parte interessata, si presume pari al cinquanta per cento del canone contrattualmente stabilito» Il riferimento agli artt. 1467 e 1468 c.c. non è affatto felice, per le ragioni che verranno chiarite nel prosieguo, ma il richiamo del combinato disposto degli artt. 1256 e 1464 c.c. è invece opportuno perché consente quell'automatica rimodulazione del contenuto del contratto di durata auspicato in questa sede. Per di più la norma si segnala per la presa di coscienza che nel caso delle locazioni commerciali l'impossibilità si atteggia come duplicemente parziale, nel senso sottolineato in precedenza, e da ciò l'introduzione della presunzione legale relativa dell'entità della parziale inutilizzabilità del bene, commisurata nel cinquanta

categoria catastale C/1, così invece Tuccari (2020, § 5.2). La disposizione si applica sul presupposto che il canone sia dovuto e sia stato pagato, come sicuramente accade in moltissime ipotesi concrete, ma non esclude che vi siano casi in cui invece esso sia parzialmente ripetibile o addirittura integralmente.

48 Ed è questa la via auspicata da León Hilario (2020, p. 27).

49 In tal senso Salanitro (21 aprile 2020, p. 9): «al fine di evitare comportamenti opportunistici del conduttore appare ragionevole applicare in via analogica il modello normativo tipico sul quale è stata organizzata la disciplina dei vizi e delle riparazioni nella locazione (artt. 1578 e 1584 c.c.): in tal modo, si va incontro a un assetto di interessi armonico, seppure attraverso la mediazione della decisione giudiziale, in quanto il conduttore deve scegliere tra la richiesta in via giudiziale di una riduzione dei canoni, che consentirebbe in linea di principio di tarare il corrispettivo sull'interesse a mantenere il godimento dell'immobile, e la risoluzione del contratto. Siffatto orientamento è stato accolto da una sentenza di legittimità riferita all'ipotesi, a mio avviso particolarmente rilevante, in cui la sede dell'attività del conduttore era stata isolata dall'interruzione dell'unica strada pubblica che ne consentiva il collegamento con la rete viaria e il conduttore aveva mantenuto il godimento dell'immobile rifiutandosi di pagare i canoni (Cass. civ. n. 14739 de 2005)». *Contra* Carapezza Figlia (10 maggio 2020, p. 10): «l'automatico effetto estintivo dell'impossibilità sopravvenuta sulla prestazione del locatore parzialmente ridotta si propaga sulla controprestazione del conduttore, che subisce un'altrettanto automatica riduzione [...]. Egli, dunque, sarà tenuto semplicemente a rilasciare alla controparte una dichiarazione stragiudiziale, con la quale faccia valere la riduzione, sì che il ricorso all'autorità giudiziaria risulta soltanto eventuale e successivo, in quanto subordinato alla contestazione dell'*an* o del *quantum* della diminuzione da parte del locatore».

per cento dell'ammontare dei canoni maturati nelle mensilità da marzo a luglio 2020.

Il vantaggio applicativo connesso al combinato disposto della causa impossibilitante di cui all'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20 e della risoluzione parziale *ex art.* 1464 c.c. risiede nell'effetto automatico della riduzione proporzionale del corrispettivo, la quale opera *ex lege* senza la necessità di ottenere una pronuncia costitutiva del giudice, lasciando aperta sempre la possibilità del recesso nel caso in cui la causa di impossibilità temporanea si prolunghi tanto a lungo da far perdere in termini oggettivi al creditore l'interesse all'adempimento parziale *ex art.* 1258 c.c., ossia all'esecuzione delle prestazioni non ancora scadute.

Il rimedio in esame sembra preferibile anche rispetto alla rinegoziazione volontaria, visti i costi di transazione in essa comunque implicati oppure —come sostenuto da alcuni autorevoli esponenti della dottrina⁵⁰— della rinegoziazione obbligatoria, la quale presuppone pur sempre una fase negoziata, che dunque solleva i medesimi inconvenienti di quella volontaria, ma per di più, non essendo legata ad alcun automatismo, produce l'ulteriore svantaggio dell'accentuazione, non certo desiderabile, dei poteri conformativi del giudice sull'autonomia privata. Sotto questo profilo, il ricorso nei rapporti contrattuali di durata alla risoluzione parziale è di gran lunga preferibile rispetto alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.,⁵¹ che peraltro è sovente invocata dai fautori della rinegoziazione come presupposto per l'instaurazione della sua variante volontaria *ex art.* 1467, comma 3, c.c., ma in tal modo commettendo un errore di impostazione.

Nel dibattito sulla rinegoziazione la disposizione in esame è oggetto di una torsione prossima alla deformazione, che concepisce il potere riconosciuto alla parte avvantaggiata dall'eccessiva onerosità di evitare la risoluzione domandata da controparte, «offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto», come potere di instaurare una trattativa stragiudiziale finalizzata alla rinegoziazione dei termini del contratto.⁵² Questa lettura trascura, però, la dimensione giudiziale di tale prerogativa⁵³ e questa caratteristica,⁵⁴ se intesa, dovrebbe consentire di inquadrare correttamente la riconduzione ad equità come un diritto potestativo della parte av-

50 Macario (2020a, 131-132).

51 Sull'eccessiva onerosità sopravvenuta cfr., *ex multis*, E. Gabrielli (2012), di cui v. anche E. Gabrielli (2016, *passim*, in part. p. 93 ss.); E. Gabrielli (2019, *passim*, in part. p. 37 ss.); P. Gallo (1991, p. 235 ss.); P. Gallo (1992, p. 182 ss.); G. Scalfi (1991); C. G. Terranova (1995, p. 109 ss.); M. Ambrosoli (2002, p. 211 ss.). Cfr. altresì G. Perlingieri (2009, p. 1005 ss.), muovendo dalla prospettiva estremamente affascinante dagli studi dedicati al tema da D. Rubino (1947), ora anche in *Studi giuridici*, Milano, 1970, p. 251 ss.; D. Rubino (1948).

52 F. Macario (1996, p. 292) e sostanzialmente anche C. G. Terranova (1995, p. 185 ss.).

53 Così, in vario senso però, A. De Martini (1950, p. 129 e ss.), nei termini di un'eccezione in senso tecnico; G. Mirabelli (1951, p. 206, 299), nei termini di un'istanza produttiva dell'effetto processuale di imporre al giudice di pronunziarsi sull'idoneità o meno delle modifiche proposte; C. Braccianti (1947, p. 77), nei termini di una domanda riconvenzionale; A. Boselli (1952, p. 293, 319); E. Enrietti (1948, p. 901); E. Redenti (1947, p. 576 ss.) nei termini di una controdomanda tesa al rigetto della domanda attorea e alla modifica del contenuto originario del contratto.

54 Osserva peraltro E. Gabrielli (2017, p. 11) che «la possibilità di un'offerta effettuata al di fuori del processo non tocca peraltro il problema della configurazione della fattispecie, poiché rientra comunque nell'autonomia delle parti il potere di modificare in qualunque momento, e quindi anche nel corso del giudizio, l'assetto dato ai loro rapporti economici».

vantaggiata dalle sopravvenienze volto a impedire l'accoglimento della domanda di risoluzione, sottoponendo al giudice una proposta di modifica perequativa del contenuto del contratto che neutralizzi l'eccessiva onerosità provocata dalla sopravvenienza quantitativa.⁵⁵ Una parte significativa della dottrina è addirittura favorevole a inquadrare la riconduzione ad equità di cui all'art. 1467, comma 3, c.c. come *ius variandi* e, dunque, nei termini di una posizione sostanziale rispetto alla quale l'attore in risoluzione versa in condizione di mera soggezione, tanto che la modificazione può prodursi per via giudiziale anche nel caso di mancata adesione di controparte.⁵⁶

Il carattere automatico e stragiudiziale della risoluzione parziale con riduzione proporzionale della controprestazione e l'effetto manutentivo del contratto rendono particolarmente opportuna tale soluzione rimediale rispetto ad alternative giudiziali quali la risoluzione per eccessiva onerosità *ex art.* 1467 c.c.,⁵⁷ per di più difficilmente prefigurabile visto che a mutare non è il valore di mercato delle prestazioni corrispettive,⁵⁸ la risoluzione per il venire meno della presupposizione,⁵⁹ l'adeguamento giudiziale del contenuto del contratto, la ripetizione per arricchimento ingiustificato⁶⁰ o il rimedio *bonne à tout faire* del risarcimento del danno.

3. *Segue. I caratteri dell'impossibilità della prestazione e la questione della sorte delle obbligazioni pecuniarie*

Volendo ricapitolare, l'istituto dell'impossibilità ancorato al *factum principis*, coincidente con le misure normative di contenimento impeditive della prestazione, assume una portata bivalente. Nei contratti a esecuzione istantanea o a lungo termine

55 Così E. Gabrielli (2013, p. 75); E. Gabrielli (2017, p. 1 ss.); E. Gabrielli (1991, p. 72 ss.); F. Pannuccio Dattola (1990, p. 42 ss.); F. Pannuccio Dattola (1997, p. 603 ss.); S. D'Andrea (2006, p. 139); Roppo (2011, p. 957 ss.); E. Tuccari (2018, p. 83 ss.). Sono addirittura a favore dell'efficacia diretta dell'offerta di riconduzione ad equità, non subordinata al provvedimento giudiziario G. Iorio (2008, p. 103 ss.); P. Sirena (2006, p. 141), ma la tesi della natura di *ius variandi* ha largo seguito da lungo tempo e v. al riguardo la nota successiva.

56 Redenti (1947, p. 576); L. Padula (1991, p. 17); Pannuccio Dattola (1990, p. 42); R. Sacco (2004, p. 720-721) e così sostanzialmente anche Roppo (2011, p. 842-843, 958), il quale predilige tuttavia la qualificazione dell'offerta di riconduzione ad equità come negozio unilaterale recettizio, ammettendone peraltro l'operatività anche stragiudiziale, sicché assegna alla sentenza del giudice natura dichiarativa. R. ammette tuttavia che la parte avvantaggiata dalle sopravvenienze possa anche non definire puntualmente la modificazione perequativa del contratto, rimettendo al giudice la sua determinazione, e allora la sentenza acquista natura costitutiva (*ibidem*, 843).

57 Per quanto D'Amico (2020) ci rammenta che risale proprio al primo dopoguerra il dibattito che poi ha condotto all'introduzione nel codice civile del 1942 della risoluzione per eccessiva onerosità, la quale è dunque uno dei frutti della situazione emergenziale determinatasi durante e a seguito della Prima Guerra Mondiale.

58 Cfr. Gentili (2020, 8-9); Salanitro (21 aprile 2020, p. 7), sul presupposto che la sopravvenienza prodotta dalla normativa emergenziale sia qualitativa e non quantitativa e che l'art. 1467 c.c. reagisca soltanto alla seconda, sempre che concorrano i requisiti della straordinarietà e imprevedibilità; Carapezza Figlia (10 maggio 2020, p. 7-8), nonché D'Amico (2020).

59 Cfr. al riguardo A. Nicolussi (2001, p. 846 ss.).

60 Sul punto cfr., specie in chiave restitutoria, P. Sirena (2018, p. 657 ss.).

essa assume la fisionomia di un'impossibilità temporanea, che determina l'effetto sospensivo del rapporto obbligatorio inattuabile e, di conseguenza, anche l'effetto sospensivo della controprestazione, pure se di natura pecuniaria, per inceppamento del sinallagma funzionale. Queste ricadute sospensive sul contratto con prestazioni corrispettive possono essere indicate come «effetto moratoria». Nei contratti di durata, invece, l'impossibilità, pur scaturendo da una causa contingente, colpisce le singole prestazioni in maniera definitiva in ragione delle unità di tempo nelle quali tale causa opera, ma, nell'economia complessiva del rapporto contrattuale di durata, essa non integra la fattispecie della risoluzione per impossibilità totale *ex art. 1463 c.c.*, ma quella della risoluzione parziale *ex art. 1464 c.c.*

L'impossibilità della prestazione non va intesa solo come impedimento della condotta debitoria (come nell'ipotesi di somministrazione di beni mobili temporaneamente impedita *ex art. 3, comma 6 bis, d.l. 6/20*), ma anche come inutilità, anche solo parziale, della prestazione per il creditore (come nell'ipotesi delle locazioni ad uso commerciale temporaneamente inutili, in termini parziali o anche totali, *ex art. 3, comma 6 bis, d.l. 6/20* oppure nelle fattispecie emergenziali degli artt. 88 e 88 *bis* d.l. 18/20⁶¹). La conclusione è indiscutibile agli occhi degli studiosi dell'impossibilità, perché riflesso del contenuto dell'obbligazione,⁶² che, abbandonata la tradizionale concezione personalistica che ha certamente influenzato tanto la formulazione dell'art. 1174 c.c. quanto la disciplina dell'adempimento, è stato sottoposto a una concettualizzazione più convincente che ravvisa nell'obbligazione un vincolo personale caratterizzato da una condotta strumentale finalizzata alla realizzazione di un risultato.⁶³ L'inclusione del risultato —poco conta se finale o soltanto strumentale— si riflette sul carattere necessariamente utile della prestazione. Quest'ultima va intesa come un *bene agere*⁶⁴ ed è tesa a una modificazione dello stato di fatto o di diritto iniziale, il che non può non riflettersi sulla nozione di impossibilità, la quale, abbandonata l'idea —assai debole dogmaticamente— di distinguerla dall'inutilità,⁶⁵ non può essere circoscritta all'impedimento che colpisce la possibilità del debitore di prestare, dovendo abbracciare anche l'impedimento, non imputabile, che preclude la possibilità per il creditore di fruirne.⁶⁶ Anche la giurisprudenza è infine pervenuta

61 Lo sottolinea D'Amico (2020, n. 16).

62 Cfr. G. Cottino (1948, p. 443 ss.); Mengoni (2011, p. 105 ss.); P. Perlingieri (1975, p. 501); Cabella Pisu (2002, p. 121 ss., in part. P. 123); Delfini (2003, p. 47-48); M. Dellacasa (2019, p. 606 ss., in part. p. 612 ss.); nonché, timidamente, A. De Mauro (2011, p. 39). Cfr. anche Bianca (2012, p. 413-414), il quale tuttavia distingue l'impossibilità di utilizzazione della prestazione dall'impossibilità dell'attuazione della prestazione per poi riconoscere alla prima una rilevanza analoga alla seconda, ma v. anche Bianca (1993, p. 547).

63 Al tema ho dedicato uno specifico studio: F. Piraino (2011b, p. 305 ss.).

64 L. Mengoni (1954, p. 188), ora in *Scritti*, II, p. 145: «il rapporto obbligatorio implica essenzialmente un “dover dare” e un “dover ricevere” funzionalmente complementari, giacché non ha senso una obbligazione in cui non si dedotto un comportamento produttivo di una utilità destinata al creditore. Questa utilità è precisamente il risultato dovuto, il bene assicurato dal diritto al creditore». Ma v. anche L. Mengoni (1952, p. 156 ss.), ora in *Scritti*, II, p. 53 ss.

65 L. Mosco (1970, p. 435).

66 Osserva assai efficacemente M. Dellacasa (2019, p. 612) che «Nel contesto del diritto delle obbligazioni, “prestazione” è un termine normativo: esso non designa un semplice fatto (comportamento del

a tale conclusione nell'ambito della fattispecie dei pacchetti turistici,⁶⁷ sebbene imboccando un percorso accidentato ed evitabile che prevede la valorizzazione della causa del contratto,⁶⁸ nella variante un poco equivoca della causa concreta.⁶⁹

Il dibattito sinora non è stato in grado di mettere correttamente a fuoco anche la questione dell'impossibilità delle obbligazioni pecuniarie. In primo luogo, il principio *genus numquam perit*, tralattivamente ritenuto applicabile ai debiti pecuniari, nonostante il loro progressivo allontanamento dal modello delle obbligazioni generiche,⁷⁰ o, per meglio dire, il principio di indistruttibilità delle obbligazioni pecuniarie e di responsabilità per inadempimento incondizionata⁷¹ hanno generato una

debitore), ma un fatto caratterizzato da una relazione di conformità a una norma (art. 1174 c.c.) che prescrive tra i suoi requisiti la rispondenza a un interesse del creditore. Se la prestazione può costituire oggetto di obbligazione nella misura in cui risponde ad un interesse del creditore, la sopravvenuta impossibilità di realizzarlo comporta l'impossibilità della stessa prestazione».

67 Cass., 10 luglio 2018, n. 18047; Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Danno e resp.*, 845 ss., con commento di L. Delli Priscoli (2008, p. 531 ss.) con nota di commento S. Nardi (2008, p. 241 ss.), con commento di C. Cavajoni (2007, p. 375 ss.), con commento di G. Benelli (2007). La sentenza ha deciso una controversia relativa a un contratto di pacchetto turistico per un soggiorno a Cuba, solo parzialmente goduto a causa della persistenza di un focolaio endemico, non ancora completamente debellato, di dengue emorragico. In punto di impossibilità la Suprema corte ha riletto la figura in termini per cui «la totale impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.), che consiste in un impedimento assoluto ed oggettivo, a carattere definitivo, della prestazione (v. Cass., 16/2/2006, n. 3440; Cass., 22/10/1982, n. 5496), integra infatti un fenomeno di automatica estinzione dell'obbligazione e risoluzione del contratto che ne costituisce la fonte ai sensi dell'art. 1463 c.c. e art. 1256 c.c., comma 1 (v. Cass., 28/1/1995, n. 1037; Cass., 9/11/1994, n. 9304), in ragione del venir meno della relazione di interdipendenza funzionale in cui la medesima si trova con la prestazione della controparte (cd. sinallagma funzionale), a tale stregua conseguendo la irrealizzabilità della causa concreta del contratto (cfr. Cass., 24/4/1982, n. 2548). Pur essendo la prestazione in astratto ancora eseguibile (cfr. Cass., 27/9/1999, n. 10690), il venir meno della possibilità che essa realizzi lo scopo dalle parti perseguito con la stipulazione del contratto (nel caso, lo «scopo di piacere» in cui si sostanzia la «finalità turistica»), essa implica il venir meno dell'interesse creditorio, quale vicenda che attiene esclusivamente alla sfera del creditore». Ma v. anche Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Contratti*, 2008, 786 ss., con nota di L. Barbiera (2008, p. 921 ss.), con nota di F. Rolfi (2008). Per spunti critici sulle sentenze de 2007 cfr. E. Ferrante (2009, p. 151 ss.); S. Pagliantini (2010, p. 1211 ss.); De Mauro (2011, p. 40, nt. 58). In passato ha escluso l'impossibilità per perdita di utilità della prestazione Cass., 26 marzo, 1947, n. 432, in *Foro it.*, 1947, I, 265 ss., con nota di G. Pescatore (1947, p. 286 ss.), con nota di A. Mignoli (1947).

68 Dà credito a questa figura, nel quadro delle ripercussioni sui contratti di locazione delle misure emergenziali di contenimento della pandemia, V. Barba (2020, p. 82).

69 Per una critica degli usi giurisprudenziali della c.d. causa concreta cfr. V. Roppo (2013, 969 ss.). Una difesa della figura è approntata da C. M. Bianca (2014, p. 251 ss., in part. p. 256 ss.). Mi sono soffermato sul punto, tentando di far emergere alcuni elementi di ambiguità del dibattito, in F. Piraino (2019a, p. 1045 ss., in part. p. 1092 ss. e nt. 125).

70 Cfr. M. Giorgianni (1975, p. 304 ss.) il quale argomenta a favore dell'inadeguatezza del principio *genus numquam perit* a fondare il regime delle obbligazioni pecuniarie; A. Di Majo (1996, p. 125 ss.), nonché B. Inzitari (2011, p. 12-13, 85).

71 Cfr. Di Majo (1996, p. 126-127): «l'affermazione dunque dell'incondizionata responsabilità del debitore di danaro per il mancato (o ritardato) pagamento del debito si converte facilmente in quella della irrilevanza, dal punto di vista giuridico, della «impotenza finanziaria» del debitore. Un tale principio di «irrilevanza» è indirettamente presupposto (e non sancito) nella regola, pertinente alla normativa sulla responsabilità, alla stregua della quale la responsabilità patrimoniale del debitore è «illimitata», sia dal punto di vista dell'oggetto come della sua «permanenza» nel tempo». E, di recente, sul punto cfr. T. Dalla Massara (2012, p. 168-169).

cortina di fumo, inducendo a trascurare che, se non è concepibile l'impossibilità oggettiva della prestazione di attribuzione del valore monetario⁷² atteso dal creditore per la circostanza che ogni impedimento si traduce in un'impossibilità soggettiva che è mera *difficultas praestandi*,⁷³ è però concepibile l'impossibilità della tempestività del pagamento. D'altro canto, la regola della responsabilità incondizionata per inadempimento del debitore pecuniario, non consacrata peraltro in alcuna disposizione espressa, è con ogni probabilità il frutto del connubio con la regola della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.:⁷⁴ sintomo che tale regola è stata elaborata avendo riguardo alle obbligazioni pecuniarie di natura rimediale, ossia il risarcimento del danno o le restituzioni, e poi estesa anche alle obbligazioni pecuniarie sostanziali, ossia quelle che nascono pecuniarie con funzione di corrispettivo. Il rigore della portata incondizionata della responsabilità contrattuale nelle obbligazioni pecuniarie pare, dunque, un tributo pagato sull'altare dell'effettività del sistema delle tutele e, in particolare, dell'applicazione senza deroghe dell'assoggettamento dell'intero patrimonio al soddisfacimento forzoso dei creditori (art. 2740 c.c.). Se questa giustificazione sistematica è corretta, dovrebbero allentarsi le remore ad ammettere nelle obbligazioni pecuniarie di natura sostanziale (vale a dire i corrispettivi) un allentamento di tale rigore sotto il profilo dell'ammissibilità dell'impossibilità temporanea. Non si dovrebbero allora frapporre ostacoli ad ammettere l'impossibilità temporanea delle obbligazioni pecuniarie in presenza di impedimenti oggettivi alla tempestività del pagamento, quali ad esempio un imprevedibile malfunzionamento del sistema bancario dei pagamenti o il sequestro del patrimonio oppure, nel caso di pagamento in contanti, un impedimento fisico di carattere eccezionale, che ha finanche precluso al debitore pecuniario di affidare l'adempimento a un delegato di pagamento.

All'impossibilità temporanea allude con ogni probabilità l'art. 3 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, in tema di ritardo di pagamento nelle transazioni commerciali, nel decretare che «il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori sull'importo dovuto, ai sensi degli art. 4 e 5, salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».⁷⁵ Certo, va riconosciuto che è forte il rischio di sovrapposizione tra impossibilità temporanea e inesigibilità della prestazione *ex fide bona*, la quale si verifica ogni qualvolta il pagamento tempestivo dell'obbligazione pecuniaria implicherebbe o «l'olocausto economico» del debitore, mettendo a rischio la sua attività professionale o d'impresa, o il sacrificio di diritti fondamentali

72 Profilo rimarcato, proprio nell'ambito delle discussioni sorte intorno alla normativa emergenziale, da Gentili (2020, p. 6, 8).

73 Cfr. Inzitari (2011, p. 13), il quale collega il principio di c.d. indistruttibilità delle obbligazioni pecuniarie nella stretta connessione tra responsabilità patrimoniale (art. 2740 c.c.) e patrimonialità della prestazione (art. 1174 c.c.) e, quindi, nella «convertibilità di ogni obbligazione in obbligazioni di risarcimento per equivalente e cioè, in altre parole, nella suscettibilità a quantificare e realizzare gli interessi patrimoniali nella forma pecuniaria».

74 Giorgianni (1975, p. 308); Di Majo (1996, p. 126); Inzitari (2011, p. 13, 85).

75 Sul punto cfr. S. Pagliantini (2015, p. 819 ss.); A. Finessi (2004, p. 509 ss.).

della persona,⁷⁶ sicuramente prevalente sul piano assiologico rispetto al tempestivo rispetto di un impegno economico.⁷⁷ Non a caso, commentando la disposizione in esame nella formulazione originaria contenuta nella direttiva madre, la dir. 2000/35/CE, Luigi Mengoni ha ritenuto di rinvenire nel riferimento all'impossibilità del pagamento tempestivo proprio la consacrazione dell'inesigibilità della prestazione pecuniaria determinata dall'imperativo di buona fede.⁷⁸

Per quanto l'ammissione dell'inesigibilità anche nelle obbligazioni pecuniarie possa attenuare il ferreo rigore di tale forma di vincolo e la certezza che ne avvolge tanto il carattere inconsumabile nel tempo quanto l'inesorabilità della responsabilità per inadempimento —che, si badi bene, rappresentano due dei capisaldi del capitalismo— non può neppure essere trascurata la contraddizione nella quale cadrebbe l'ordinamento, il quale, per un verso, predispone istituti per prevenire le crisi imprenditoriali o il sovraindebitamento, come —su tutti— l'obbligo di valutazione del merito creditizio, ma poi consente la rovina economica del debitore pur di assicurare l'assoluta impermeabilità delle obbligazioni pecuniarie ai fattori esterni, anche nella limitata versione dell'impossibilità temporanea o dell'inesigibilità che esonera dal ritardo.

Né sembra precludere la configurazione per lo meno dell'impossibilità temporanea l'interpretazione delle norme emergenziali, e in particolare dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20, secondo cui le misure limitative delle attività individuali e di quelle economiche colpirebbero soltanto le attività e dunque le obbligazioni che le incorporano e non inciderebbero, dunque, sulle obbligazioni pecuniarie⁷⁹ nelle quali,

76 Sul punto cfr. L. Mengoni (1988, p. 1089 ss., in part. p. 1090): «diversamente dalla scriminante dello stato di necessità nel campo della responsabilità extracontrattuale, l'inesigibilità può determinarsi in ragione non solo di preminenti interessi non patrimoniali inerenti alla persona del debitore, ma anche di un pericolo imprevedibile di danno grave ai suoi beni, in particolare alla produttività della sua azienda, l'interesse alla sua conservazione è protetto dall'art. 41 cost.».

77 In tal senso, nell'ambito della dibattito sulla normativa emergenziale, v. Franco (6 maggio 2020, p. 9). Più in generale cfr. Piraino (2015, p. 447 ss.) e O. Clarizia (2012, *passim*, in part. p. 93 ss.).

78 L. Mengoni (2001, p. 82, nt. 13): «la lettera c) [dell'art. 3 dir. 2000/35: *n.d.a.*] esonera il debitore da responsabilità se può opporre al creditore l'*exceptio inadimpleti contractus* o il ritardo non è a lui imputabile. Nel nostro ordinamento la seconda ipotesi non può riferirsi che a casi eccezionali di inesigibilità della prestazione individuati secondo il principio di buona fede». Nello stesso senso v. Pagliantini (2015, p. 819-820), il quale reputa che «il disposto della direttiva reagisce piuttosto in presa diretta sull'art. 1183, comma 1o, c.c., coniando un originale meccanismo che in realtà vede un termine di 30 giorni in favore del debitore, costitutivo di un'inesigibilità non pregiudicante per altro la sua libertà di adempiere *ante tempus*, abbinarsi ad un rimborso/risarcimento forfettario di 40 euro (art. 6, comma 2°), compensante di fatto non un danno ma il suddetto limite alla esigibilità immediata del credito. Salva sempre fatta, s'intende, la prova del maggior danno ex art. 1224 c.c. Dunque non un termine che differisca temporalmente la *mora debendi* di un debito già scaduto, bensì uno dilatorio della prestazione, con un debitore che, in pendenza del lasso sospensivo di cui beneficia, non può reputarsi inadempiente (76), sul sottinteso però di una mora che così sopraggiungerà *automaticamente* ed a tutti gli effetti (art. 1221 c.c.), in applicazione cioè della regola generale, allo spirare del termine legale per l'adempimento». Cfr. altresì V. Pandolfini (2013, p. 49 ss.).

79 Così Gentili (2020, p. 6): «Il blocco formale recato dai decreti colpisce infatti l'attività e le sole prestazioni che la esplicano. Non le *altre* obbligazioni *ex contractu* dell'imprenditore. È se mai l'interruzione dei flussi di cassa delle imprese la cui attività è temporaneamente inibita che fa sorgere il problema. Parlare di impossibilità (o, come vedremo, di onerosità) è per i corrispettivi fuori luogo».

com'è noto, l'attività debitoria è recessiva.⁸⁰ La formulazione dell'art. 3, comma 6 bis d.l. 6/20 presenta un contenuto sufficientemente ampio e non tanto in virtù dell'inciso «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è *sempre* valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore», nel quale si tende a sovrastimare la portata normativa dell'avverbio *sempre*;⁸¹ quanto piuttosto perché la disposizione, specie se coniugata con quelle dedicate ai singoli contratti tipici, conferisce al *factum principis* una porta vastissima, verrebbe da dire «di contesto», idonea a incidere su qualunque obbligazione, incluse quelle pecuniarie. La portata generalizzante delle misure restrittive delle attività economiche genera un effetto domino che conduce a quella stretta, o a quel singhiozzo, dei flussi di cassa, segnalati dalla dottrina in esame e all'origine della temporanea impotenza finanziaria del debitore pecuniario. Se in condizioni ordinarie, o in presenza di crisi di mercato fisiologiche, ogni forma di impotenza finanziaria non riesce a varcare la soglia della sfera soggettiva del debitore pecuniario e a conseguire quel rango di oggettività imprescindibile per poter ritenere integrata la fattispecie di impossibilità, in presenza di un'alterazione eccezionale, globale e orizzontale dell'ordinario funzionamento del mercato⁸² anche l'impotenza finanziaria, originando da fattori che travalicano l'accurata organizzazione dell'economia individuale del debitore, acquista quel connotato di oggettività che rende plausibili l'effetto sospensivo delle obbligazioni pecuniarie e quello di esonero dalla *mora debendi ex art. 1219, comma 2, n. 3, c.c.*

Tutto ciò, beninteso, presuppone la disponibilità a riconoscere all'impossibilità i requisiti dell'oggettività e della relatività e non già dell'assolutezza, perché altrimenti avrebbe buon gioco l'argomento per cui «per molti imprenditori in difficoltà di cassa a pagare, ce ne sono altrettanti, anche bloccati dai decreti, che più forniti di liquidità o avendo predisposto un piano finanziario, continuano a pagare locazioni, forniture, servizi: e allora dov'è l'impossibilità? Del resto, se per il solo fatto dell'emergenza e/o del *factum principis* fosse giusto ritenere sopravvenuta l'impossibilità dell'adempimento, allora i corrispettivi delle locazioni, delle forniture, dei servizi, non dovrebbero più pagarli nessuno (e non solo gli imprenditori in difficoltà) perché l'emergenza epidemiologica c'è per tutti».⁸³ La scelta dogmatica di riconoscere all'impossibilità il requisito della relatività⁸⁴ consente di calibrare il fatto impossibilitante, nei rapporti obbligatori diversi da quelle pecuniarie, sull'oggetto concreto dell'obbligazione —an-

80 Giorgianni (1975, p. 305-306).

81 Franco (6 maggio 2020, nt. 88).

82 Aspetto segnalato anche da Franco (6 maggio 2020, p. 9-10).

83 Gentili (2020, p. 6).

84 Mengoni (1988, p. 1083 ss., 1087-1088); ma v. anche, sebbene in un senso non del tutto coincidente con quello attribuito da Mengoni, E. Betti (1953, p. 48, 112-113). Aderiscono a tale impostazione Di Majo (1988, p. 465 ss.); Piraino (2011a, p. 267 ss., p. 471 ss., p. 572 ss., p. 622 ss.). In senso critico si pongono i fautori della concezione oggettiva e assoluta dell'impossibilità il cui massimo esponente in Italia è G. Osti (1954, p. 606 ss. e nt. 36); ma già G. Osti (1918, p. 209 ss., 313 ss., 417 ss.) con riferimento agli artt. 1224, 1225 e 1226 c.c. 1865: in tal senso cfr. D'Amico (1999, p. 55 ss., in part. p. 59 e nt. 32). Sul pensiero di Osti in tema di responsabilità contrattuale cfr. C. M. Bianca (2019, p. 1277 ss.); G. D'Amico (2019). Per una valutazione a confronto del pensiero di Osti e di quello di Mengoni cfr. C. Castronovo (2008).

che alla luce dell'integrazione e conformazione prodotti dall'imperativo di buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.⁸⁵— e nelle obbligazioni pecuniarie sui concreti fattori che, in via del tutto eccezionale, rendono l'impotenza finanziaria un'impossibilità temporanea. La portata eccezionale, straordinaria e soprattutto generalizzata della pandemia sembra in grado di disinnescare l'argomento fondato sull'inclusione dell'andamento del mercato, comprese le crisi e le recessioni, all'interno del rischio d'impresa del debitore pecuniario, sempre che, ovviamente, l'obbligazione scaturisce da un contratto per l'appunto d'impresa.⁸⁶ È così possibile scongiurare il rischio dell'effetto sospensivo generalizzato dei pagamenti pecuniari, anche in presenza di oggettivi e preesistenti squilibri economico-finanziari nella situazione patrimoniale del debitore pecuniario, che non giustificano in alcun modo l'invocazione dell'effetto sospensivo delle normative limitative delle attività economiche.

Nonostante la disponibilità ad ammettere l'impossibilità temporanea e l'inesigibilità anche con riguardo alle obbligazioni pecuniarie, condivido anch'io la posizione espressa da Aurelio Gentili sulla sostanziale inadeguatezza dei rimedi contrattuali, o comunque legati al diritto delle obbligazioni, quando si tratti di fare fronte alla strutturale difficoltà di pagamento delle obbligazioni pecuniarie che si andrà via via fatalmente manifestando a causa della drastica contrazione della liquidità degli individui e delle imprese, provocata dall'interruzione o dal ridimensionamento dei flussi di cassa conseguenti alle limitazioni dello svolgimento delle attività economiche imposte dalle norme per il contenimento del contagio.⁸⁷ Trattandosi non già di un «vizio del contratto», ma di un «vizio del mercato», «nei termini di una crisi generalizzata dell'impresa per il blocco *ex lege* o per il fermo dell'economia»,⁸⁸ il diritto dei contratti si rivela impotente al cospetto della dimensione macroeconomica. Contro situazioni di perdurante difficoltà di pronto adempimento dei propri debiti pecuniari

85 Si concesso il rinvio a F. Piraino (2015, p. 147 ss.).

86 In tal senso soprattutto Gentili (2020, 7-8): «né infine il rallentamento generale del mercato è impossibilità: rientra nel rischio di impresa e come tale non rileva nell'ottica degli artt. 1463 ss. c.c. (vedremo tra poco se rientra in un caso di sopravvenuta onerosità). Impossibilità è il *factum principis* ma è da vedere, scartate le proposte costruttive appena rassegnate, e le troppo generiche invocazioni di principi, in quali forme concrete e da chi sia dovuta solidarietà per le prestazioni che direttamente non ne sono toccate». Un discorso analogo G. svolge con riguardo alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, sulla base dell'osservazione che né la pandemia né la normativa emergenziale ha inciso sui valori di mercato delle prestazioni (si pensi alle locazioni di immobili ad uso commerciale). Inoltre, il rimedio ablativo della risoluzione appare, giustamente peraltro, incongruo, specie se riferito a contratti che una loro utilità per il debitore pecuniario, ancorché ridotta, continuavo a fornirla, come nel caso delle già ricordate locazioni commerciali (*ibidem*, 9).

87 Gentili (2020, p. 5 ss.), il quale si interroga sulla sorte dei debiti pecuniari a carico delle imprese: «Tutti questi imprenditori, almeno in molti casi, per il venir meno per ragioni legali o per ragioni materiali della loro attività, stanno subendo anche il venir meno dei flussi di cassa. Spesso non dispongono di riserve pecuniarie sufficienti. E si chiedono se debbano fronteggiare, e subito, le loro obbligazioni per locali di cui continuano a godere ma che non possono utilizzare proficuamente, per prestazioni lavorative che non possono sfruttare o non appieno, per forniture ricevute o ricevibili che però ora non possono impiegare, per servizi di cui al momento non possono usufruire. O se possano invocare in nome del tanto sbandierato principio di solidarietà una sospensione, riduzione, postergazione delle obbligazioni pecuniarie che ora non sono materialmente in grado di adempiere».

88 Gentili (2020, p. 10).

l'unica efficace risposta può essere offerta dalle regole di responsabilità patrimoniale, orchestrando una reazione che guardi all'intera esposizione debitoria dell'impresa in crisi o del soggetto sovra-indebitato e che mi miri alla ristrutturazione dei debiti e al soddisfacimento concorsuale anche soltanto parziale. In altri termini, secondo l'opinione in esame è agli strumenti giuridici di gestione della crisi d'impresa che bisogna volgere lo sguardo,⁸⁹ ricorrendo all'istituto del quadro di ristrutturazione preventiva, disciplinato dall'art. 1, par. 1, lett. a) e 4 dir. 2019/1023, relativa per l'appunto ai quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, la quale modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).⁹⁰ La proposta prevede, però, l'introduzione nella disciplina emergenziale della possibilità per il debitore imprenditore minore di ricorrere alla ristrutturazione preventiva, ma limitando lo strumento «a quei soli soggetti la cui attività sia stata bloccata dal *factum principis*, e per le sole obbligazioni in scadenza dalla data di efficacia delle misure di contenimento fino a (per esempio) trenta giorni dalla loro cessazione (il tempo di riavviare i flussi di cassa)». ⁹¹ Inoltre, la ristrutturazione preventiva dei debiti dovrebbe essere concessa solo nei confronti di creditori a loro volta imprenditori, e non minori anch'essi.⁹²

Va sottolineato, tuttavia, che le due prospettive, quella della reazione attuata sul piano del singolo rapporto e quella *lato sensu* concorsuale,⁹³ non si escludono a vi-

89 Gentili (2020, p. 11 ss.).

90 In particolare, l'art. 4, par. 1, dir. 2019/1023 stabilisce che «1. Gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, il debitore abbia accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva che gli consenta la ristrutturazione, al fine di impedire l'insolvenza e di assicurare la loro sostenibilità economica, fatte salve altre soluzioni volte a evitare l'insolvenza, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale».

91 Gentili (2020, p. 12).

92 Gentili (2020, p. 12): «il problema legittima la soluzione *ad hoc* ora in discorso solo dove la controparte non sia un privato, un lavoratore dipendente, o un altro imprenditore minore. Gli interessi di queste controparti pesano almeno altrettanto di quelli del piccolo imprenditore in difficoltà. La solidarietà bisogna chiederla a chi può darla. Con queste distinzioni, che non sono opinione morale ma nozione legale, otteniamo quella discriminazione analitica dei casi la cui difficoltà segnalavo più sopra». Contro la renitenza dei creditori, ostili a queste forme di rinegoziazione, G. propone il ricorso alla sospensione delle loro azioni individuali fino a trenta giorni dopo la cessazione delle misure di contenimento del virus (*ibidem*, 13).

93 In questo secondo senso si orienta la proposta di iniziativa legislativa per l'emergenza formulata dall'Associazione civilisti italiani, la quale suggerisce al Governo l'introduzione di una disposizione del seguente tenore: «1. Gli imprenditori minori di cui all'art. 2, lett. d) del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, i lavoratori autonomi di cui all'art. 1 della l. 22 maggio 2017, n. 81 e i professionisti iscritti ad albi che per effetto delle misure di contenimento adottate ai sensi del decreto legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13 e del decreto legge 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla l. ... maggio 2020, n. ... hanno subito una interruzione dei normali flussi di cassa possono, relativamente alle obbligazioni contrattuali preesistenti verso imprenditori non minori in scadenza tra la data di entrata in vigore delle predette misure e il termine di sessanta giorni successivi alla loro cessazione, chiedere al creditore di rinegoziarne l'ammontare e il termine di adempimento. 2. La richiesta di rinegoziazione deve contenere l'attestazione documentata dell'interruzione dei normali flussi di cassa, una indicazione motivata e documentata delle ragioni della rinegoziazione ed una definita proposta di ripianamento totale o parziale. Se la richiesta di rinegozia-

cenda, ma anzi appaiono complementari: gli istituti del diritto delle obbligazioni e dei contratti finalizzati a sospendere o a rimodulare il rapporto giuridico costituiscono una risposta che, se tempestiva, mira proprio a scongiurare situazioni di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte dal debitore e il suo patrimonio prontamente liquidabile, dinanzi alle quali la gestione della crisi affidata ai meccanismi rimediali individuali diviene inadeguata. Se la preoccupazione che anima chi predilige la via concorsuale è quella di evitare circoli viziosi nei quali la risoluzione dei contratti per impossibilità o per eccessiva onerosità finisca per mettere in crisi anche le controparti-creditori,⁹⁴ ecco allora che bisognerebbe riflettere sul fatto che i rimedi individuali affidati —come qui proposto— a strumenti di sospensione del rapporto obbligatorio o di revisione del contratto e dell'ammontare delle controprestazioni in danaro affidate all'istituto della risoluzione parziale finiscono per approdare alla medesima soluzione applicativa perseguita per via concorsuale: la ristrutturazione del debito con conservazione per quanto possibile del relativo titolo contrattuale.⁹⁵

Nel dibattito attuale si annida il rischio di un secondo equivoco, che è quello di affrontare la questione degli effetti della normativa emergenziale sulle obbligazioni pecuniarie in chiave monistica, con il conseguente naturale richiamo dei severi principi di responsabilità validi per tale specie di obbligazioni. In tal modo si trascura,

zione non contiene l'indicazione motivata delle ragioni della rinegoziazione ed una definita proposta di ripianamento ovvero non risulta giustificata da una interruzione dei normali flussi di cassa causata dalla sospensione legale dell'attività esercitata, sono dovuti al creditore dalla data di scadenza anche gli interessi moratori previsti dall'art. 5 del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231. 3. Il creditore deve esprimersi sulla proposta nel termine di trenta giorni dalla ricezione e qualora non accetti la proposta, deve motivare le ragioni che ostano all'accettazione e formulare una controproposta. Il debitore può entro dieci giorni dalla comunicazione della risposta riformulare la propria proposta in relazione alle motivate ragioni oppostegli. In caso di ingiustificato rifiuto di condizioni eque, la parte che dimostri di averne derivato danno ha diritto al risarcimento nella misura dell'art. 1223 c.c. 4. Dal momento in cui riceve la richiesta di rinegoziazione e fino a sessanta giorni dopo la cessazione delle misure di contenimento applicabili al debitore, il creditore non può proporre in giudizio azioni a tutela del suo credito o domande di risoluzione del contratto. Le azioni già proposte sono 12 improcedibili fino all'esaurimento dello stesso termine. Gli effetti della mora sono sospesi con decorrenza dalla data di adozione delle misure di contenimento di cui al comma 1 e il creditore non è legittimato a sollevare le eccezioni di cui agli art. 1460 e 1461 c.c. 5. Se decorsi sessanta giorni dalla revoca delle misure di contenimento di cui al comma 1, il creditore conviene in giudizio i soggetti di cui al comma 1 con azioni di condanna all'adempimento delle obbligazioni contrattuali, di condanna al risarcimento dei danni cagionati dall'inadempimento, di risoluzione del contratto o di riduzione della propria controprestazione, l'adempimento integrale da parte del convenuto dei debiti scaduti e il pagamento delle spese del giudizio liquidate dal giudice entro la data della prima udienza ha effetto pienamente liberatorio. 6. L'imprenditore minore o il lavoratore autonomo o il professionista convenuto in giudizio per l'inadempimento o il ritardo delle obbligazioni previste nel 1° comma può unilateralmente attivare il procedimento di negoziazione assistita regolato dalla legge 10 novembre 2014, n. 162. L'esperimento della negoziazione assistita costituisce condizione di procedibilità della domanda».

94 Gentili (2020, p. 10): «il ricorso all'onerosità o impossibilità è improvvido non solo sul piano del singolo rapporto ma anche in termini di politica del diritto. Qual è infatti l'effetto generale? Che a catena il (falso) rimedio che solleva dai suoi debiti l'imprenditore bloccato dai decreti o almeno dalla crisi, nuocerà alle sue controparti, che così cadranno in eguali difficoltà e vorranno bloccare i loro debiti, e così via. Insomma: per risolvere un problema nato dal blocco dell'economia bloccheremo definitivamente l'economia».

95 Tanto più se si è disposti a riconoscere, come fa Gentili (2020, p. 13) che il ricorso in via emergenziale al quadro di ristrutturazione preventiva mira a «ristrutturare il debito, e non l'impresa».

però, quella dimensione sinallagmatica in cui le obbligazioni pecuniarie, nella quasi totalità dei casi, si inseriscono.⁹⁶ Ecco che, nel più ampio quadro del rapporto corrispettivo, è certamente possibile imboccare la via dei rimedi contrattuali, purché maneggiati in modo da perseguire la condivisione tra le parti del contratto degli aggravati economici determinati dalla pandemia e dalle norme restrittive di contenimento. In questa direzione si muove l'art. 103, comma 2-ter, d.l. 18/20, introdotto in sede di conversione e relativo ai contratti di appalto tra privati. La disposizione congegnava la distribuzione dei costi determinati dal blocco delle attività economiche mediante l'integrazione cogente dei contratti in essere che, per un verso, ne preserva l'efficacia e, per altro verso, ne prolunga la durata, derogando per di più alla regola generale di cui all'art. 1665 c.c. sull'esigibilità del corrispettivo a seguito del collaudo e di eventuali disposizioni pattizie nel medesimo senso. La norma prevede, infatti, che «nei contratti tra privati, in corso di validità dal 31 gennaio 2020 e fino al 31 luglio 2020, aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori edili di qualsiasi natura, i termini di inizio e fine lavori si intendono prorogati per un periodo pari alla durata della proroga di cui al comma 2. In deroga ad ogni diversa previsione contrattuale, il committente è tenuto al pagamento dei lavori eseguiti sino alla data di sospensione dei lavori».

4. Segue. La rinegoziazione

Dal quadro appena delineato, emerge che l'enfasi sin da subito posta sulla rinegoziazione pare forse eccessiva, al punto da sollecitare il legittimo sospetto che si voglia cogliere l'occasione dell'emergenza per presentare come ancora più auspicabile e urgente l'introduzione nell'ordinamento italiano dell'obbligo legale di rinegoziazione dei contratti a lungo termine, presidiato per di più dal riconoscimento del potere giudiziale di adeguamento, come d'altro canto prevede il disegno di legge delega al Governo per la revisione del codice civile (d.d.l. Senato 1151), il quale include il «diritto delle parti di contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali ed imprevedibili, di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede ovvero, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che venga ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti». Non a caso una parte della dottrina suggerisce, proprio a causa dell'emergenza e sul presupposto della crucialità della rinegoziazione obbligatoria, di percorrere la via dell'introduzione di una norma di carattere eccezionale per mettere a disposizione dei contraenti un tale strumento, pur avendo cura di segnalare —assai correttamente— che «occorre essere consapevoli che la disciplina “generale” per la gestione del rischio contrattuale e, dunque, degli effetti delle sopravvenienze, è tutt'altra cosa, in termini tanto di formulazione delle regole quanto

⁹⁶ V. opportunamente Dalla Massara (2012, p. 354 ss.), il quale osserva «se si valuta che non vi siano i presupposti perché su quella somma decorrano gli interessi di cui al comma 1 dell'art. 1224 cod. civ., ciò è da dedursi guardando alla prestazione «altra» che costituisce il corrispettivo della prestazione pecuniaria. È infatti il funzionamento del sinallagma a rendere ragione del mancato sorgere di interessi a carico della parte che si avvalga legittimamente, per l'inadempimento dell'altra, del diritto di sospendere l'esecuzione della prestazione pecuniaria a proprio carico».

della loro operatività, rispetto alla più agevole “facilitazione” introdotta con il rinvio di un termine (per il versamento di somme, ad esempio: imposte o rate di mutui).⁹⁷

In un contesto di emergenza sanitaria, sociale ed economica, la via della rinegoziazione dei termini del contratto è certamente auspicabile, purché per via volontaria, specie nel rispetto del criterio guida, in precedenza indicato, della distribuzione tra le parti del costo delle alterazioni subite dall’operazione economica in conseguenza della pandemia e della normativa emergenziale.⁹⁸ E tuttavia dovrebbe apparire chiaro al giurista che, più ancora del riequilibrio del contratto, in questa fase si rivela essenziale escogitare percorsi stragiudiziali di composizione delle controversie, visto che l’epilogo giudiziario rischia di essere più nefasto del mancato adattamento del contenuto del contratto al mutato contesto⁹⁹. Sotto questo profilo, la rinegoziazione obbligatoria —volendo lasciare impregiudicata l’opportunità o meno di un suo inserimento nell’ordinamento per via legislativa, viste le resistenze al suo riconoscimento per via interpretativa e dogmatica¹⁰⁰— rischia di rivelarsi la classica pezza peggiore del buco,¹⁰¹ perché, con il suo connotato di doverosità e, soprattutto, con il presidio dell’adattamento *ope iudicis* del contenuto del contratto in caso di fallimento delle trattative, sospinge verso approdi giudiziari, inadatti a fronteggiare gli attuali problemi di gestione e di manutenzione dei rapporti obbligatori e di quelli contrattuali destinati a prolungarsi nel tempo.

In dottrina si è peraltro sottolineato assai opportunamente che, quando ha ravvisato nella rinegoziazione il rimedio più opportuno, il legislatore dell’emergenza non ha esitato a precisarlo,¹⁰² come accade nell’art. 78, comma 4-*sexies*, d.l. 18/2020, nel testo convertito dalla l. 27/2020, secondo cui «al fine di garantire la continuità aziendale delle imprese agricole di cui all’articolo 2135 del codice civile, in forma singola o associata, a valere sulle risorse di cui all’articolo 56, comma 12, i mutui e gli altri finanziamenti destinati a soddisfare le esigenze di conduzione o miglioramento delle strutture produttive, in essere al 1 marzo 2020, anche perfezionati tramite il rilascio di cambiali agrarie, sono rinegoziabili. La rinegoziazione, tenuto conto delle esigenze economiche e finanziarie delle imprese agricole, assicura condizioni migliorative

97 Macario (2020a, p. 131-132); Macario (2020b, p. 4-6); Benedetti & Natoli (2020, p. 3).

98 Un analogo scetticismo sull’essenzialità dell’introduzione in via d’urgenza della rinegoziazione come istituto di diritto generale esprimono sia Salanitro (21 aprile 2020, p. 7 ss.) sia Carapezza Figlia (10 maggio 2020, p. 7) sia ancora Tuccari (2020, §§ 4, 6). Per l’ordinamento peruviano cfr. León Hilario (2020, p. 21), anch’egli fortemente dubbioso sulla via della rinegoziazione obbligatoria per lo meno nell’attuale quadro normativo dominato dall’art. 1440 *Código civil*, per lo meno con riguardo alle sopravvenienze di tipo qualitativo.

99 Mi pare giudizio condiviso tanto Scognamiglio (15 aprile 2020, p. 8-9), quanto da D. Maffei (10 aprile 2020, p. 4-5), nonché da Tuccari (2020, § 3).

100 In senso contrario, di recente, Tuccari (2018, p. 56 ss.); Tuccari (2019, p. 97 ss., in part. p. 100 ss.); e, pur in termini diversi, F. Piraino (2019b, p. 585 ss., in part. p. 600).

101 Un giudizio analogo è espresso da Scognamiglio (15 aprile 2020, p. 6): «è anche sotto un altro profilo che l’affermazione della centralità del valore della solidarietà, e della buona fede, come tecnica di risposta all’emergenza in atto, non può essere esaustiva: potendosi effettivamente dubitare se non sia proprio l’eccezionalità del momento a richiedere che la solidarietà sia, in questo caso, quanto più possibile governata dal legislatore, piuttosto, e prima ancora, che essere affidata alla concretizzazione da parte del giudice nel singolo caso controverso».

102 Guerrini (7 maggio 2020, p. 13).

incidendo sul piano di ammortamento e sulla misura del tasso di interesse. Le operazioni di rinegoziazione sono esenti da ogni imposta e da ogni altro onere, anche amministrativo, a carico dell'impresa, ivi comprese le spese istruttorie».

A tale fattispecie ora se ne affianca un'altra, prevista dall'art. 216, comma 2, d.l. 34/2020 in materia di contratti di locazione, o in senso lato di concessione, di impianti sportivi. La disposizione è particolarmente significativa perché, anche in questa ipotesi, è privilegiata la via della rinegoziazione volontaria, offrendo anche dei criteri guida per la revisione del contenuto del contratto peraltro opportunamente di carattere bilaterale: le modifiche, per un verso, non devono alterare il rischio assunto dall'operatore economico e, per altro verso, conservare condizioni di equilibrio economico finanziario proprie del contratto di concessione. L'obiettivo è quello di perseguire il graduale recupero degli introiti non conseguiti a causa dell'interdizione delle attività sportive e l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati. In caso di fallimento delle trattative di rinegoziazione, il rimedio accordato consiste nel recesso dal contratto, cui si abbina il diritto del concessionario dell'impianto al rimborso del valore delle opere realizzate o, in alternative, dei costi sostenuti. L'art. 216, comma 2, d.l. 34/2020 prevede, infatti, che «in ragione della sospensione delle attività sportive, disposta con i decreti del Presidente del Consiglio dei ministri attuativi del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, le parti dei rapporti di concessione, comunque denominati, di impianti sportivi pubblici possono concordare tra loro, ove il concessionario ne faccia richiesta, la revisione dei rapporti in scadenza entro il 31 luglio 2023, mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio economico-finanziarie originariamente pattuite, anche attraverso la proroga della durata del rapporto, in modo da favorire il graduale recupero dei proventi non incassati e l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto di concessione. In caso di mancato accordo, le parti possono recedere dal contratto. In tale caso, il concessionario ha diritto al rimborso del valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, dei costi effettivamente sostenuti dal concessionario, nonché delle penali e degli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza dello scioglimento del contratto».

5. Il significato del riferimento all'art. 1223 c.c.

Un profilo dell'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20 che ha destato sin da subito molto interesse, e più di qualche perplessità, è rappresentato dal richiamo dell'art. 1223 c.c. accanto all'art. 1218 c.c. Si potrebbe essere tentati di ritenere che si tratti di una sorta di endiadi: un riferimento di stile all'intero sistema delle regole di responsabilità contrattuale. Giacché l'art. 1218 c.c. si limita a delineare gli elementi costitutivi —o, come pure si potrebbe dire, i fatti condizionanti— della fattispecie di responsabilità per inadempimento ma non fa accenno all'effetto, ossia alla conseguenza sul ver-

sante rimediabile, bisogna richiamare anche la disposizione a ciò deputata, vale a dire proprio l'art. 1223 c.c. Non è inverosimile che possa essere stata questa la ragione che ha guidato la mano del legislatore dell'emergenza, ma l'interprete non è a sua volta condizionato dalle valutazioni compiute dal legislatore storico. Per di più, l'art. 1223 c.c. rappresenta una disposizione complessa,¹⁰³ che la *vulgata* individua come sede del risarcimento del danno e del presunto secondo nesso di causalità: quella giuridica. Quest'ultima categoria si presenta, peraltro, come una figura speciosissima, frutto e fonte di confusione, ma ad essa la giurisprudenza, di merito e di legittimità,¹⁰⁴ mostra di essere assai legata, nonostante che, a un'analisi approfondita, una causalità tra poste di danno si riveli destituita di qualunque fondamento logico e normativo. Sgomberato il campo da equivoci di tal genere, l'art. 1223 c.c. è restituito alla sua vera funzione che, inforcando le lenti della dogmatica, appare risiedere nella selezione dei pregiudizi rilevanti in sede di risarcimento. E per di più non di tutti i pregiudizi, ma soltanto di quelli definiti come consequenziali o estrinseci. La rilevanza del danno primario, o intrinseco, si ricava, invece, dall'art. 1218 c.c., giacché esso coincide con il risultato dovuto mediante la prestazione soltanto con il segno negativo. In altri termini, il danno primario o intrinseco consiste nel valore economico dell'utilità finale che l'obbligazione è preordinata a procurare al creditore e rispetto a tale pregiudizio non sorgono questioni causali né è necessario compiere quel giudizio social-tipico, ancorato alla frequenza dell'accadimento —il risalente *id quod plerumque accidit*— cui allude l'art. 1223 c.c. con la formula infelice delle «conseguenze immediate e dirette».¹⁰⁵

Nell'ottica della valorizzazione del dato normativo si colloca la linea di pensiero che, facendo leva sulla portata dell'art. 1223 c.c., quale norma di disciplina del risarcimento del danno comune a entrambe le specie della responsabilità civile, giusto il richiamo compiuto in sede aquiliana dall'art. 2056, comma 1, c.c., segnala la possibilità di interpretare l'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20 come riferito al risarcimento del danno in quanto tale e dunque anche a quello nascente dalla responsabilità extracontrattuale.¹⁰⁶ Ovviamente si tratta di una lettura provocatoria volta a mettere in guardia sulla portata potenzialmente dirompente del riferimento all'art. 1223 c.c., che, se così inteso, attribuirebbe al rispetto delle misure di contenimento del virus la veste giuridica di scriminante della responsabilità aquiliana, sul modello dell'adempimento del dovere di cui all'art. 51 c.p.

Al di fuori del campo delle ipotesi estreme, appare invece provvido il richiamo dell'art. 1223 c.c. compiuto dall'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20 e pienamente condi-

103 Sul punto cfr. le profonde riflessioni di A. Di Majo (2009, p. 151 ss.) e, più di recente, v. l'acuto studio di T. Pellegrini (2018, p. 6 ss., 254 ss.), con particolare riguardo ai rapporti con l'art. 1225 c.c.

104 Da ultimo cfr. Cass., 11 novembre 2019, nn. 28992 e 28991, in *Foro it. – Gli speciali*, 2020, 136 ss., con nota di R. Pardolesi & R. Simone (2020); G. D'Amico, F. Macario (2020c); F. Piraino (2020); U. Izzo (2020, p. 218 ss.), con nota di R. Simone (2020, p. 35 ss.), con nota di A. Di Majo (2020, p. 71 ss.), con nota di A. Procida Mirabelli di Lauro (2020). Cfr. anche i commenti di A. M. Benedetti (2020c); di A. Plaia (2020) in corso di pubblicazione; di N. Rizzo (2020) in corso di pubblicazione; e di E. Labella (2020) in corso di pubblicazione, letti in anteprima grazie alla cortesia degli aa.

105 Sia consentito il rinvio a F. Piraino (2019c, p. 709 ss.); F. Piraino (2020, p. 169 ss.).

106 Cfr. Dolmetta (11 aprile 2020, p. 2).

visibile la lettura che in esso vede il riconoscimento al giudice di un'alternativa: «o ritiene che il rispetto delle misure escluda in radice la responsabilità del debitore o valuta che esso, pur non escludendo in radice la responsabilità del debitore, possa incidere sul *quantum* dei danni da risarcire al creditore, nel senso di escluderne dal risarcimento una parte più o meno significativa; in questo caso, il comma 6 *bis* funziona come una causa di riduzione del danno, similmente, anche se ovviamente con presupposti del tutto differenti e con un'applicazione limitata al periodo emergenziale, a quelle di cui all'art. 1227 c.c.».¹⁰⁷ Tale interpretazione è del tutto plausibile, ma può essere ulteriormente specificata. Il rispetto delle misure di contenimento del *virus* potrebbe certamente assumere il ruolo di fattore inidoneo a rendere impossibile, anche soltanto temporalmente, la prestazione e dunque a escludere la responsabilità, ma per lo meno capace di operare come concausa prevalente del danno lamentato dal creditore, così precludendo il risarcimento. Oppure potrebbe operare come fattore mal gestito dal creditore e, in ragione di ciò, destinato a decurtare il risarcimento del danno. Il richiamo dell'art. 1223 c.c. si presta, però, a svolgere anche una funzione ulteriore: quella di operare sulla determinazione, in senso contenitivo, dei danni prodotti da inadempimenti precedenti l'entrata in vigore delle norme emergenziali. In un numero di casi potenzialmente enorme, le limitazioni e le preclusioni imposte dalle norme emergenziali sono piombate su inadempimenti già in essere, impendendo al debitore di correggere il proprio iniziale inadempimento o di procedere all'adempimento sanante, o anche soltanto di adottare misure di mitigazione dei danni collegati al proprio inadempimento. L'art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20 sembra autorizzare a tener conto di tali impedimenti in sede di successiva determinazione e liquidazione del danno, scomputando dai pregiudizi, per lo meno in parte, l'entità dell'aggravamento prodottosi durante il periodo di tempo scandito dalla sospensione o dalle limitazioni delle attività economiche. Una tale interpretazione valorizza peraltro gli auspici, manifestati da più parti, per una gestione dei conflitti nascenti dalle conseguenze sulle obbligazioni e sui contratti prodotte direttamente dalla normativa emergenziale, e indirettamente dalla forza maggiore, all'insegna del principio di solidarietà sociale. Principio quanto mai equivocato e —com'è noto— fatto oggetto di una *liaison* con la buona fede in senso oggettivo che non ha fatto bene né all'uno né all'altra.¹⁰⁸ Quel che è possibile precisare in questa sede è che la solidarietà sociale opera in senso biunivoco¹⁰⁹ in un contesto emergenziale come quello attuale, nel quale gli effetti della pandemia colpiscono tutti, sebbene ovviamente non in eguale misura. Il contenimento della misura del risarcimento dovuto non priva il creditore-danneggiato della tutela riparatoria, ma per lo meno contiene l'entità dell'obbligazione risarcitoria. D'altro canto, in perfetta coerenza con l'interpretazione qui fornita il creditore —come il titolare di qualunque altro diritto da esercitare per via giudiziaria— gode, ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.l. 17 marzo

107 Benedetti (2002a, p. 215).

108 Me ne sono occupato in Piraino (2015, p. 147 ss.).

109 Il punto è sottolineato da Gentili (2020, , p. 6-7), il quale stigmatizza l'invocazione «purtroppo a volte in maniera facilona» della solidarietà, a volte in via diretta e a volte per il tramite della buona fede e precisa che la solidarietà è, per l'appunto, bilaterale (*ibidem*, p. 9-10).

2020, n. 18 c.d. «CuraItalia», della sospensione della decorrenza dei termini di prescrizione e di decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante azione in giudizio per la durata della sospensione dei procedimenti giudiziari di tutte le giurisdizioni, decretata dalla medesima norma sino fino al 15 aprile 2020 e prorogata all'11 maggio dall'art. 36 d.l. 23/2020. Se l'art. 83, comma 8, d.l. 18/20 sospende la prescrizione dei diritti ad esercizio giudiziario come il risarcimento del danno, bisogna allora essere consequenziali e ritenere che nello stesso turno di tempo non possa assumere rilievo giuridico il perdurare del danno o il suo aggravamento, anche ai fini della decorrenza degli interessi moratori sui debiti scaduti. Una conferma la si ricava, peraltro, dallo stesso art. 3, comma 6 *bis*, d.l. 6/20 che con una previsione di portata ancora più ampia, slegata com'è dal necessario esercizio del diritto per via giudiziaria, prevede che il rispetto delle misure di contenimento incidono «anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Com'è noto, la clausola penale assolve, tra le sue diverse funzioni, anche a quella riparatoria¹¹⁰, il che costituisce la base testuale della conclusione per cui il periodo di efficacia delle misure di contenimento non può essere computato come «tempo dell'inadempimento» e quindi come elemento di commisurazione del danno.

6. La risoluzione per impossibilità sopravvenuta dei contratti di trasporto, dei pacchetti turistici tutto compreso, dei contratti di soggiorno e la risoluzione dei contratti di acquisto di biglietti per spettacoli, musei e altri luoghi della cultura: la disciplina delle restituzioni

L'art. 28 d.l. 2 marzo 2020, n. 9¹¹¹ è ora sostituito dall'art. 88-*bis* d.l. 18/2020, introdotto dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, il quale ha attribuito alle misure limitative delle attività e degli spostamenti finalizzate al contenimento del virus la qualificazione *ex lege* di causa sopravvenuta di impossibilità della prestazione idonea a integrare la fattispecie della risoluzione *ex art.* 1463 c.c. con riferimento ai contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo, nelle acque interne o terrestre, anche se acquistati tramite un'agenzia di viaggio o anche tramite un portale di prenotazione (art. 88-*bis*, comma 10, d.l. 18/2020), ai quali sono stati accorpati i contratti di soggiorno, che nella precedente versione erano invece affiancati ai contratti di acquisto di servizi artistici e culturali. L'art. 88-*bis* collega poi al rispetto delle misure emergenziali il

110 La letteratura sul punto è smisurata, ma nel senso della coesistenza di una funzione riparatoria e di una compulsorio/deterrente cfr., *ex multis*, G. Gorla (1955, p. 240 ss.); Roppo (2011, p. 928); P. Trimarchi (2010, p. 212-213) e, più diffusamente, A. Zoppini (1991, p. 16, nt. 34); S. Mazzaresse (1999, p. 181 ss.); F. P. Patti (2015, p. 117 ss., in part. p. 121 ss.). A favore della funzione sanzionatorio/afflittiva della clausola penale, cfr. V. M. Trimarchi (1954, p. 110); A. Cataudella (2014, p. 154), ma si tratta di una concezione non in linea con la corretta fisionomia del sistema del diritto civile.

111 La disposizione è stata abrogata dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, insieme con le altre previsioni del d.l. 2 marzo 2020, n. 9 e con i dd.ll. 8 marzo 2020, n. 11 e 9 marzo 2020, n. 14, il tutto però con salvezza di effetti prodotti e rapporti giuridici sorti in forza dei medesimi provvedimenti.

rimedio del recesso di cui all'art. 41 d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79, c.d. codice del turismo (cod. tur.) con riferimento ai contratti di pacchetto turistico.¹¹² L'art. 88 d.l. 18/20 è stato invece modificato dalla legge di conversione 24 aprile 2020, n. 27 e ha esteso la fattispecie legale di risoluzione *ex art.* 1463 c.c. ai contratti di acquisto di titoli di accesso agli spettacoli di qualsiasi natura, ivi inclusi quelli cinematografici e teatrali, e di biglietti di ingresso ai musei e agli altri luoghi della cultura.

L'art. 88-*bis*, comma 2, d.l. 18/20 prevede che i contraenti legittimati a invocare la causa di impossibilità delineata dal primo comma della medesima disposizione comunicano al vettore, alla struttura ricettiva o all'organizzatore di pacchetti turistici il ricorrere di una delle situazioni impossibilitanti, allegando il titolo di viaggio o la prenotazione di soggiorno o ancora il contratto di pacchetto turistico e, nella fattispecie di partecipazione a concorsi pubblici o a procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o a iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato —anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, pure se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti (comma 1, lettera e)— la documentazione attestante la programmata partecipazione a tali manifestazioni, iniziative o eventi. Tale comunicazione è effettuata entro trenta giorni decorrenti ora dalla cessazione delle misure restrittive di interdizione degli spostamenti ora dall'annullamento, sospensione o rinvio del corso, della procedura selettiva, della manifestazione, dell'iniziativa o dell'evento

112 L'art. 88-*bis*, d.l. 18/20 individua le situazioni impossibilitanti nel modo che segue: «a) dai soggetti nei confronti dei quali è stata disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente, in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel medesimo periodo di quarantena o permanenza domiciliare; b) dai soggetti residenti, domiciliati o destinatari di un provvedimento di divieto di allontanamento nelle aree interessate dal contagio, come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti decreti; c) dai soggetti risultati positivi al virus COVID-19 per i quali è disposta la quarantena con sorveglianza attiva ovvero la permanenza domiciliare fiduciaria con sorveglianza attiva da parte dell'autorità sanitaria competente ovvero il ricovero presso le strutture sanitarie, con riguardo ai contratti da eseguire nel medesimo periodo di permanenza, quarantena o ricovero; d) dai soggetti che hanno programmato soggiorni o viaggi con partenza o arrivo nelle aree interessate dal contagio come individuate dai decreti adottati dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti decreti; e) dai soggetti che hanno programmato la partecipazione a concorsi pubblici o procedure di selezione pubblica, a manifestazioni o iniziative di qualsiasi natura, a eventi e a ogni forma di riunione in luogo pubblico o privato, anche di carattere culturale, ludico, sportivo e religioso, anche se svolti in luoghi chiusi aperti al pubblico, annullati, sospesi o rinviati dalle autorità competenti in attuazione dei provvedimenti adottati ai sensi dell'articolo 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, e dell'articolo 2 del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, con riguardo ai contratti da eseguire nel periodo di efficacia dei predetti provvedimenti; f) dai soggetti intestatari di titolo di viaggio o acquirenti di pacchetti turistici, acquistati in Italia, aventi come destinazione Stati esteri, dove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione della situazione emergenziale epidemiologica da COVID-19».

di cui al comma 1, lettera e) ora ancora dalla data prevista per la partenza nel caso di viaggi all'estero. Entro trenta giorni dalla comunicazione, il vettore o la struttura ricettiva procedono al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio o per il soggiorno oppure all'emissione di un buono (testualmente il *voucher*) di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione.

La medesima procedura di rimborso è applicata dall'art. 88, comma 3, d.l. 18/20 ai contratti di acquisto di titoli di accesso a eventi o a spettacoli artistici e culturali e di titolo di ingresso a musei e altri luoghi della cultura, stabilendo che l'istanza va presentata dall'acquirente entro trenta giorni dall'entrata in vigore del medesimo decreto, anche per il tramite dei canali di vendita utilizzati dalla parte tenuta alla prestazione caratterizzante, allegando il relativo titolo di acquisto. L'organizzatore dell'evento, verificata l'impossibilità sopravvenuta della prestazione e, conseguentemente, l'inutilizzabilità del titolo di acquisto oggetto dell'istanza di rimborso, provvede alla emissione di un *voucher* di pari importo al titolo di acquisto, da utilizzare entro un anno dall'emissione. Qui la norma non concede l'alternativa del rimborso monetario, prevedendo unicamente la modalità restitutiva del rilascio del buono ed è questa una regola di particolare favore per i prestatori di servizi di carattere artistico e culturale.

L'art. 88-*bis*, comma 4, d.l. 18/2020 introduce una disposizione specificamente rivolta ai contratti di viaggio, riconoscendo al vettore il diritto di recesso da esercitare «previa comunicazione tempestiva all'acquirente, quando le prestazioni non possono essere eseguite in ragione di provvedimenti adottati dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. In tali casi il vettore ne dà tempestiva comunicazione all'acquirente e, entro i successivi trenta giorni, procede al rimborso del corrispettivo versato per il titolo di viaggio oppure all'emissione di un *voucher* di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione».

L'art. art. 88-*bis*, comma 5, d.l. 18/2020 concerne, invece, i contratti aventi ad oggetto prestazioni residenziali e riconosce alle strutture ricettive che hanno sospeso o cessato l'attività, in tutto o in parte, a causa dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 la possibilità di offrire all'acquirente un servizio sostitutivo di qualità equivalente, superiore o inferiore, in questo ultimo caso con restituzione della differenza di prezzo, oppure di procedere al rimborso del prezzo o, altrimenti, di emettere un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante.

Per quanto concerne i contratti di pacchetto turistico¹¹³, inclusi i viaggi di istruzione, l'art. 88-*bis*, comma 6, d.l. 18/20 attribuisce all'acquirente —come si è anticipato— il recesso prima dell'inizio del viaggio di cui all'art. 41 cod. tur. e non è chiaro se la previsione si ponga in alternativa o addirittura al posto della risoluzione per inadempimento *ex art.* 1463 c.c. L'acquirente del pacchetto turistico la cui esecuzione

113 La definizione normativa di pacchetto turistico è contenuta nell'art. 33, comma 1, lett. c), così come modificato con l'attuazione della seconda direttiva in materia, la dir. 2015/2302, che ha abrogato la direttiva 90/314/CEE. Cfr., sul punto, Mazzamuto (2020, p. 607 ss., in part. p. 615 ss.); G. De Cristofaro (2017, p. 1099 ss.); A. Finessi (2018, p. 1307 ss.); G. Terlizzi (2018, p. 147 ss.); T. Pellegrini (2019).

ne è impedita dalle misure normative di contenimento del virus oppure che, a causa di esse, diviene inutilizzabile da parte del viaggiatore, può recedere dal contratto *ex art. 41 cod. tur.* e l'organizzatore può offrire al viaggiatore un pacchetto sostitutivo di qualità equivalente o superiore o inferiore, in questo caso con restituzione della differenza di prezzo, oppure può procedere al rimborso o, altrimenti, può emettere, anche per il tramite dell'agenzia venditrice, un *voucher*, da utilizzare entro un anno dalla sua emissione, di importo pari al rimborso spettante. In deroga all'articolo 41, comma 6, cod. tur. il rimborso è corrisposto e il *voucher* è emesso appena ricevuti i rimborsi o i *voucher* dai singoli fornitori di servizi, e comunque non oltre sessanta giorni dalla data prevista di inizio del viaggio.¹¹⁴ Il medesimo diritto di recesso è accordato dall'art. 88-*bis*, comma 6, d.l. 18/20 all'organizzatore, che *ex art. 41, comma 5, lett. b) cod. tur.* può sciogliersi unilateralmente dai contratti di pacchetto turistico aventi come destinazione Stati esteri ove sia impedito o vietato lo sbarco, l'approdo o l'arrivo in ragione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, e comunque quando l'esecuzione del contratto è impedita, in tutto o in parte, da provvedimenti adottati a causa di tale emergenza dalle autorità nazionali, internazionali o di Stati esteri. Anche in questa fattispecie all'organizzatore spetta la triplice scelta tra rimborso monetario, rilascio di un buono di importo pari al rimborso e offerta di un pacchetto turistico sostitutivo.

L'art. 88-*bis*, comma 11, d.l. 18/2020 prevede infine l'estensione della modalità alternativa di rimborso affidata al rilascio di buoni di pari importo rispetto al corrispettivo pecuniario da ripetere, fuori dei casi previsti dai commi da 1 a 7, a tutti i rapporti inerenti ai contratti di cui al presente articolo e instaurati con effetto dall'11 marzo 2020 al 30 settembre 2020 nell'intero territorio nazionale, anche per le prestazioni da rendere all'estero e per le prestazioni in favore di contraenti provenienti dall'estero, quando le prestazioni non siano rese a causa degli effetti derivanti dallo stato di emergenza epidemiologica da COVID-19.

Tali disposizioni sono già state esaminate sotto il profilo dell'impossibilità della prestazione, ma ora vanno scrutinate dalla prospettiva delle restituzioni. In particolare, la novità più rilevante consiste nella possibilità di restituire il corrispettivo pagato per la prestazione impossibile non solo per equivalente ma anche tramite il rilascio di un buono, che nell'ambito dei contratti di prestazioni in senso ampio artistiche e culturali diviene addirittura l'unica modalità.¹¹⁵ Si tratta con tutta evidenza di una deroga eccezionale alla disciplina della ripetizione dell'indebito di cui agli art. 2033 ss. c.c., pienamente giustificata dall'urgenza di non privare di liquidità i vettori, gli organizzatori o i venditori di pacchetti turistici, gli albergatori e gli altri soggetti professionali operanti nel settore delle prestazioni di soggiorno, nonché gli

114 E infatti l'art. 88-*bis*, comma 9, d.l. 18/2020 ha attribuito rilievo al collegamento negoziale tra il contratto di pacchetto turistico e i contratti di viaggio e di soggiorno che costituiscono servizi turistici erogati da professionisti diversi dall'organizzatore, prevedendo che «nei casi di cui ai commi 6, 7 e 8, il vettore e la struttura ricettiva procedono al rimborso del corrispettivo versato in favore del soggetto dal quale hanno ricevuto il pagamento oppure all'emissione in suo favore di un voucher di pari importo da utilizzare entro un anno dall'emissione».

115 Su tali norme si sono soffermati soprattutto Santagata (17 aprile 2020, p. 1 ss.); Gigliotti (1 aprile 2020, p. 4 ss.); e De Mauro (27 marzo 2020, p. 7).

organizzatori di eventi artistici e culturali.¹¹⁶ La modalità restitutoria tramite emissione di un buono produce, peraltro, l'ulteriore effetto vantaggioso, per la controparte la cui prestazione è divenuta impossibile o inutilizzabile, di non recidere la relazione economica con la controparte: una sorta di effetto *lato sensu* fidelizzante. Questa caratteristica ha indotto erroneamente alcuni autori a ritenere che, allora, non si sia al cospetto di una risoluzione, ma di una ridefinizione *ex lege* del contenuto del contratto.¹¹⁷ Questo approccio sostanzialistico fa però violenza alle forme giuridiche, in primo luogo, alla luce dell'effetto estintivo del vincolo contrattuale chiaramente decretato dalle norme in esame tramite il rinvio alla risoluzione *ex art.* 1463 c.c. e al recesso *ex art.* 41 cod. tur.; e, in secondo luogo, perché il buono costituisce una modalità cartolare di restituzione del corrispettivo che attribuisce al contraente un valore monetario nei confronti della controparte a impiego discrezionale. Sotto tale profilo il buono sembra uno strumento dotato di un valore ulteriore rispetto a quello di mero titolo di legittimazione di cui all'art. 2002 c.c.¹¹⁸ e la ragione risiede nella circostanza che esso potrebbe essere impiegato per l'acquisito di un prodotto o di un servizio diverso da quelli oggetto del contratto risolto o estinto. E, se per davvero si trattasse di una ridefinizione legale del contratto originario non sciolto, sarebbe difficile sottrarre tale vincolo dalla mannaia della nullità per indeterminatezza dell'oggetto (artt. 1346 e 1418 c.c.).

Proprio sul presupposto che il *voucher* integri un titolo di legittimazione, si è proposto di qualificare il suo rilascio come effetto di una novazione oggettiva del rapporto originario *ex artt.* 1230 ss. c.c. con un nuovo rapporto obbligatorio, il cui oggetto coincide con il pacchetto turistico, con il viaggio o con la prestazione di soggiorno che verrà fruita entro l'anno di scadenza del titolo.¹¹⁹ Se così fosse, si tratterebbe di una novazione in cui non è specificato l'*aliquid novi* che, al momento dell'emissione del buono, potrebbe essere il solo titolo, qualora il pacchetto turistico o il soggiorno prescelti siano identici a quelli originari, oppure sia il titolo sia l'oggetto, nel caso di scelta di un pacchetto turistico, di un viaggio o di una soluzione residenziale diversi. Una tale indeterminatezza impone la conclusione che l'emissione del buono da parte del contraente la cui prestazione è divenuta impossibile e l'eventuale sua accettazione da parte del viaggiatore, del turista o dello spettatore della prestazione artistica o culturale non possano integrare gli estremi di un accordo novativo, il c.d. *animus novandi*. L'accordo novativo presuppone, infatti, l'identificazione della nuova obbligazione che si sostituisce alla precedente, oltre ovviamente all'intento inequivoco della sostituzione,¹²⁰ e, nella fattispecie del buono, una tale individuazione non sussiste. Per di più, quando l'obbligazione novata è *ex contractu*, come nelle fattispecie in esame, l'accordo novativo¹²¹ non sostituisce il contratto originario, il quale dunque sopravvive modificato, costituendo il titolo

116 Gigliotti (1 aprile 2020, p. 9).

117 De Mauro (27 marzo 2020, p. 7), seguito da Scognamiglio (15 aprile 2020, p. 9).

118 Così Santagata (17 aprile 2020, p. 10 ss.) e nello stesso senso Guerrini (7 maggio 2020, p. 7).

119 Santagata (17 aprile 2020, p. 11). Aderisce a tale impostazione Guerrini (7 maggio 2020, p. 7).

120 Cfr. sul punto Bianca (1993, p. 446 ss.) e Perlingieri (1975, p. 78 ss.).

121 Accordo che può assumere tanto forma contrattuale – ed è certamente l'ipotesi più frequente e rilevante – quanto diversa forma negoziale, anche unilaterale, secondo Perlingieri (1975, p. 82 ss.).

anche della nuova obbligazione, salva l'ipotesi in cui quest'ultima sia incompatibile con la causa del contratto originario oppure le parti manifestino anche la volontà di estinguere quest'ultimo e sostituirlo con l'accordo novativo.¹²² La conservazione del contratto come fonte della nuova obbligazione si pone in antitesi con l'effetto ablativo previsto invece dagli artt. 88 e 88-*bis* d.l. 18/20 e ciò espone questa tesi agli stessi rilievi critici della precedente.

Non va trascurata, peraltro, l'indicazione abbastanza univoca nel senso della natura restitutoria del *voucher* proveniente dall'art. 88-*bis*, comma 12, d.l. 18/2020, secondo cui «l'emissione dei voucher previsti dal presente articolo assolve i correlativi obblighi di rimborso e non richiede alcuna forma di accettazione da parte del destinatario». La precisazione normativa preclude anche l'accoglimento della proposta interpretativa che considera l'istanza di rimborso come l'adesione a un obbligo di rinegoziazione che la legge impone alle parti e destinato a estinguersi se non esercitato dal creditore della prestazione caratterizzante entro trenta giorni dal *dies a quo* previsto a seconda delle fattispecie.¹²³

La questione relativa alla natura giuridica del rilascio del buono non è un'oziosa operazione di qualificazione teorica, ma riveste, tutt'al contrario, un notevole impatto applicativo. Se il *voucher* non appartiene alla famiglia delle restituzioni e quindi comporta o una ridefinizione legale del contratto originario o una sua novazione, l'acquirente o il viaggiatore rimane legato al contratto che subisce soltanto una modificazione dell'oggetto e del termine di eseguibilità della prestazione, fissato nell'anno dall'emissione del buono. Così argomentando, l'acquirente o il viaggiatore dovrebbe impiegare il buono per la fruizione del servizio alternativo entro il termine predetto e, in caso di mancata utilizzazione, la parte tenuta alla prestazione caratterizzante non dovrebbe procedere ad alcuna restituzione per equivalente dell'importo indicato nel *voucher*. L'anno dall'emissione del buono acquisirebbe in tale prospettiva la funzione di termine di decadenza del diritto alla prestazione che il buono legittima a richiedere. La soluzione ripugna al senso di giustizia ed è un epilogo non obbligato se invece ci si colloca nel diverso, e preferibile, orizzonte che, per un verso, considera il contratto originario risolto *ex art. 1463 c.c.*, oppure sciolto per recesso *ex art. 41 cod. tur.*, e, per altro verso, inquadra di conseguenza il rilascio del voucher nell'ambito delle prestazioni restitutorie, che è poi —giòva ribadirlo— lo scenario testualmente delineato dalle norme emergenziali.¹²⁴ In questa diversa sistemazione, la mancata fruizione del buono entro il termine prestabilito abilita l'avente diritto a domandare il rimborso monetario sul presupposto dell'assenza di qualsivoglia rapporto contrattuale con il venditore o con il prestatore del servizio che ha rilasciato il buono, con i quali un nuovo contratto sorgerà soltanto in caso di utilizzazione della provvista documentata nel *voucher*.¹²⁵ In altri termini, l'inquadramento qui pro-

122 Bianca (1993, p. 455-456).

123 Guerrini (7 maggio 2020, p. 7).

124 Appare allora eccessivo imputare al legislatore dell'emergenza una certa ipocrisia nel richiamare testualmente l'art. 1463 c.c.

125 Il senso giuridico e quello di giustizia materiale guidano Guerrini (7 maggio 2020, p. 7) alla medesima conclusione, nonostante essa appaia incompatibile con la scelta interpretativa di qualificare il *voucher* come titolo di legittimazione che presuppone la conservazione del contratto originario e che

posto suggerisce di concepire il rilascio del buono come una restituzione mista: per l'anno successivo dalla sua emissione, la prestazione restitutoria è cartolare e abilita a fruire di una provvista da impiegare come corrispettivo integrale o parziale di un nuovo contratto di viaggio, di soggiorno, di pacchetto turistico o di prestazione culturale; mentre allo spirare dell'anno essa si converte nel pagamento di una somma di danaro pari all'importo indicato nel buono. A una tale conclusione si può pervenire, peraltro, anche in applicazione della disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti: lo scioglimento del contratto originario e l'assenza di un nuovo contratto finché il viaggiatore o l'acquirente non si serva del *voucher* determinano che, allo scadere della validità di quest'ultimo, la somma in essa incorporata si riveli indebita, perché prima di un titolo negoziale giustificativo, e dunque ripetibile.

Per di più, se si negasse natura restitutoria alla prestazione di rilascio del buono, sarebbe impossibile tracciare la differenza con la fattispecie dell'offerta di un pacchetto turistico alternativo, prevista dai commi 6 e 7 dell'art. 88-*bis*, e con quella dell'offerta di un servizio ricettivo sostitutivo nel caso di contratti di soggiorno, prevista dal comma 5 della medesima disposizione. Qui si è chiaramente al cospetto di nuove proposte contrattuali, che, non a caso, il comma 12 dell'art. 88-*bis* d.l. 18/2020 non include nel *genus* delle prestazioni restitutorie.

Non va infine trascurato il possibile conflitto di tale disciplina eccezionale delle restituzioni con la normativa europea che —com'è noto— disciplina i contratti di trasporto aereo, ferroviario, marittimo e terrestre mediante autobus, rispettivamente mediante i regolamenti 261/2004, 1371/2007, 1177/2010 e 181/2011. Le norme uniformi europee prevedono come unica modalità di rimborso in caso di cancellazione della prestazione di trasporto da parte del vettore la restituzione del prezzo pagato, consentendo al viaggiatore di rifiutare qualunque offerta di servizi sostitutivi. Analoga previsione è contenuta nell'art. 12 dir. 2032/2015, recepito nell'art. 41, comma 4, cod. tur., che, nell'ipotesi di recesso del viaggiatore per «circostanze inevitabili e straordinarie verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che hanno un'incidenza sostanziale sull'esecuzione del pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione», prevede la sola restituzione dei pagamenti effettuati. Le deroghe alla normativa europea apportate dalle disposizioni nazionali di carattere emergenziale potrebbero essere considerate inapplicabili dal giudice, in ossequio al principio di prevalenza, per lo meno sostanziale, del diritto europeo sui diritti nazionali nelle materie di competenza dell'Unione europea.¹²⁶

va annoverata come strumento di rinegoziazione posta dalla legge a carico delle parti.

126 In tal senso si orienta Guerrini (7 maggio 2020, p. 8). Anche per Tuccari (2020, § 5.1), il rischio della violazione del diritto dell'Unione europea è concreto e non evitabile solo sulla base dell'accorgimento adottato dal Governo consistente nel qualificare le regole eccezionali sulle restituzioni come norme di applicazione necessaria rispetto alla legge applicabile, ai rapporti transazionali del tipo di quelli in esame, sulla base della disciplina di diritto internazionale privato (art. 17 della legge 31 maggio 1995, n. 218 e art. 9 del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008). Com'è noto, le norme di applicazione necessaria sono quelle disposizioni di diritto interno il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrano nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo

Riferimenti

- Addis, F. (2013). *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*. Milano.
- Agamben, G. (26 febbraio 2020). Lo stato d'eccezione provocato da un'emergenza immotivata. In *Il Manifesto*.
- Ambrosoli, M. (2002). *La sopravvenienza contrattuale*. Milano.
- Barba, V. (2020). Las intervenciones del legislador italiano en relación con los aspectos de derecho civil para hacer frente a la emergencia del COVID-19. In *Revista de Derecho Civil*.
- Barbiera, L. (2008). Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto. In *Corriere giur.*
- Bellisario, E. (27 aprile 2020). Covid-19 e (alcune) risposte immunitarie del diritto privato. In *Giustizia Civile*.
- Benedetti, A. M. (2011). *Le autotutele contrattuali*, Artt. 1460-1462 in *Il Codice Civile*, fondato da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli. Milano.
- Benedetti, A. M. (2020a). Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto «cura Italia». In *Contratti*.
- Benedetti, A. M. (2020b). Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto. In *Giustizia Civile*.
- Benedetti, A. M. (2020c). Verso una «medicalizzazione» della responsabilità contrattuale? Esercizi di (discutibile) riscrittura dell'art. 1218 c.c. In *Giustizia Civile*.
- Benedetti, A. M., & Natoli, R. (2020). Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito. In *Diritto Bancario*.
- Benelli, G. (2007). La risoluzione del contratto di viaggio per impossibilità sopravvenuta di utilizzazione della vacanza. In *Dir. turismo*.
- Betti, E. (1953). *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni: funzione economico-sociale dei rapporti d'obbligazione*. Milano: Giuffrè.

il presente regolamento. Per T. (*ibidem*, § 5.1 nt. 80) «tale accorgimento non sembra però sufficiente, di per sé, ad escludere completamente l'avvio di una procedura d'infrazione oppure l'eventualità di una decisione sfavorevole della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Sarebbe stato opportuno, invece, un maggiore coordinamento fra i vari Paesi dell'Unione con il fine specifico di modificare la direttiva 2015/2302/UE (o sospenderne l'efficacia per il periodo emergenziale): non c'è dubbio, infatti, che – a fronte del nobile scopo perseguito dall'Italia con la disciplina emergenziale in analisi – si sarebbe potuto procedere, anche a livello europeo, a ridurre temporaneamente le tutele dei viaggiatori per assicurare un ulteriore strumento, stavolta privatistico, per affrontare la crisi ed assicurare una maggiore tutela ad operatori e aziende del settore turistico (economicamente e socialmente strategico peraltro anche per altri Paesi dell'Unione come la Spagna e la Grecia). In quest'ottica, seppure tardivamente, sembrano muoversi alcuni Stati dell'Unione che hanno formalmente richiesto alla Commissione UE una parziale modifica (ancor oggi non confermata) della direttiva 2015/2302/UE oppure una sua (sempre parziale) sospensione per il periodo emergenziale».

- Bianca, C. M. (1993). *Diritto civile. 4. L'obbligazione*. Milano.
- Bianca, C. M. (2012). *Diritto civile. 5. La responsabilità*. Milano.
- Bianca, C. M. (2014). Causa concreta del contratto e diritto effettivo. In *Riv. dir. civ.*
- Bianca, C. M. (2019). Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale. In *Riv. dir. civ.*
- Bigliuzzi Geri, L. (1988). *Della risoluzione per inadempimento*. Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano, II. Bologna-Roma.
- Boselli, A. (1952). *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*. Torino.
- Braccianti, C. (1947). *Degli effetti della eccessiva onerosità sopravveniente nei contratti*. Milano.
- Cabella Pisu, L. (2002). *Dell'impossibilità sopravvenuta*. Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano. Bologna-Roma.
- Carrara, G. (1920). La legislazione di guerra e il sistema del diritto privato. In *Rivista Internazionale di Scienze Sociali e Discipline Ausiliarie*.
- Carapezza Figlia, G. (10 maggio 2020). Coronavirus e locazioni commerciali. Un diritto eccezionale per lo stato di emergenza? In *Studi in onore di Antonio Flamini*.
- Castronovo, C. (2008). La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni. In *Europa dir. priv.*
- Cataudella, A. (2014). *I contratti. Parte generale*. Torino.
- Cavajoni, C. (2007). La «finalità turistica» come causa in concreto del contratto di viaggio. In *Dir. del turismo*.
- Chianale, A. (1995). Obbligazioni di durata. *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XII. Torino.
- Chiarella, P. (1 aprile 2020). Solidarietà necessaria: erogazioni liberali nell'emergenza epidemiologica da Covid-19. In *Giustizia Civile*.
- Clarizia, O. (2012). *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*. Napoli.
- Cottino, G. (1948). L'impossibilità di ricevere e di cooperare del creditore e la impossibilità della prestazione. In *Riv. dir. comm.*
- Cuffaro, V. (31 marzo 2020). Le locazioni commerciali e gli effetti giuridici dell'epidemia. In *Giustizia Civile*.
- Dalla Massara, T. (2012). *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*. Padova.
- Dalla Massara, T. (30 marzo 2020). Emergenza sanitaria ed esigenza di regole: scenari e proposte. In *Diritto Bancario*.

D'Amico, G. (2020). *L'onere della prova del nesso di causalità materiale nella responsabilità (contrattuale) medica. Una giurisprudenza in via di «assestamento»*. In *Il Foro Italiano gli speciali*.

D'Amico (1999). *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e «di risultato»*. *Contributo alla teoria delle responsabilità contrattuale*. Napoli.

D'Amico, G. (2019). La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti. In *Rivista di diritto civile*, Vol. 65, No. 1.

D'Amico, G. (2020). L'epidemia Covid-19 e la «legislazione di guerra». In *Contratti*.

D'Andrea, S. (2006). *L'offerta di equa modificazione del contratto*. Milano.

De Cristofaro, G. (2017). La nuova disciplina europea dei contratti di viaggio (dir. 2015/2302/UE) e le prospettive del suo recepimento nell'ordinamento italiano. In *Nuove leggi civ. comm.*

Delfini, F. (2003). *Dell'impossibilità sopravvenuta. Artt. 1463-1466*. Milano.

Dellacasa, M. (2019). *La cooperazione all'adempimento e rimedi a tutela del debitore*. Tratt. dir. civ. Cicu-Messineo, già diretto da L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, V. Roppo, F. Anelli. Milano.

Delle Monache, S. (24 aprile 2020). Garanzie rilasciate da SACE S.p.a. e privilegio ex art. 9 d.lgs. n. 123 del 1998. In *Diritto e Giustizia*.

Delli Priscoli, L. (2008). Contratti di viaggio e rilevanza della finalità turistica. In *Nuova giur. civ. comm.*

De Martini, A. (1950). *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*. Milano.

De Martini, A. (1965). *Obbligazioni di durata*. *Novissimo Dig. it.*, XI. Torino.

De Mauro, A. (27 marzo 2020). Pandemia e contratto: spunti di riflessione in tema di impossibilità sopravvenuta della prestazione. In *Giustizia Civile*.

De Mauro, A. (2011). *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore, Artt. 1256-1259*. *Il Codice Civile. Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli. Milano.

Devoto, L. (1947). Appunti per una definizione delle obbligazioni ad esecuzione continuata. In *Riv. dir. Co*

Di Majo A. (1988). *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano. Bologna-Roma.

Di Majo, A. (1996). *Le obbligazioni pecuniarie*. Torino.

Di Majo, A. (2009). *Le tutele contrattuali*. Roma.

Di Majo, A. (2020) [1965]. La doppia natura della responsabilità del medico. In *Giurisprudenza italiana*.

Di Raimo, R. (9 aprile 2020). Le discontinuità che seguono i grandi traumi: pensando al credito (e al debito), mentre la notte è ancora fonda. In *Giustizia Civile*.

Dolmetta, A. A. (11 aprile 2020). «Rispetto delle misure di contenimento» della pandemia e disciplina dell'obbligazione. In *Il caso.it*.

Enrietti, E. (1948). *Della risoluzione del contratto*. Comm. cod. civ., diretto da M. D'Amelio & E. Finzi, I. Firenze.

Facci, G. (6 maggio 2020). Covid 19, medicina delle catastrofi e responsabilità sanitaria. In *Giustizia Civile*.

Ferrante, E. (2009). Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio. In *Contr. impr.*

Ferrara, F. (1954) [1918]. *Diritto di guerra e diritto di pace*. Scritti giuridici, I. Milano.

Fimmanò, F. (26 marzo 2020). Crisi di Impresa e resilienza nell'era del Coronavirus: il tempo dei concordati fallimentari del giorno dopo a garanzia pubblica. In *Giustizia Civile*.

Finessi, A. (2004). Sub art. 3. La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a cura di G. De Cristofaro. In *Nuove leggi civ. comm.*

Finessi, A. (2018). La responsabilità del professionista nella nuova disciplina dei contratti di viaggio (d.lgs. 21 maggio 2018, n. 62). In *Nuove leggi civ. comm.*

Franco, R. (6 maggio 2020). Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità. In *Giustizia Civile*.

Gabrielli, E. (2012). *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*. Tratt. dir. priv., diritto da M. Bessone, t. XIII; vol. VIII. Torino.

Gabrielli, E. (2013). Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale. In *Riv. dir. priv.*

Gabrielli, E. (2017). *Studi sulle tutele contrattuali*. Torino.

Gabrielli, E. (2016). *Contribución a la teoría de la imprevisión contractual*. Buenos Aires.

Gabrielli, E. (2018). *Contribución al estudio de las tutelas contractuales*. Montevideo.

Gabrielli, E. (2019). *La excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación*. Madrid.

Gallo, P. (1991). *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*. Digesto disc. priv., sez. civ., VII. Torino.

Gallo, P. (1992). *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*. Milano.

Gentili, A. (2020). Una proposta per i contratti d'impresa al tempo del coronavirus. In *Giustizia Civile*.

Gigliotti, F. (1 aprile 2020). Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta, per emergenza epidemiologica, di prestazioni dello spettacolo e assimilate. In *Giustizia Civile*.

Giorgianni, M. (1975). *L'inadempimento*. Milano.

Gorla, G. (1955). *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico. I. Lineamenti generali*. Milano.

Granieri, M. (2007). *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*. Milano.

Grisi, G. (2020). La lezione del coronavirus. In *Jus Civile*.

Guadagno, S. (23 aprile 2020). La conclusione dei contratti bancari all'epoca del covid-19: tra obblighi di forma e obblighi di comportamento. In *Giustizia Civile*.

Guerrini, L. (7 maggio 2020). Coronavirus, legislazione emergenziale, e contratto: una fotografia. In *Giustizia Civile*.

Inzitari, B. (2011). *Delle obbligazioni pecuniarie, Art. 1277-1284*. Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, a cura di F. Galgano. Bologna-Roma.

Iorio, G. (2008). *Le clausole attributive dello ius variandi*. Milano.

Izzo, U. (2020). In tema di tecnica e politica della responsabilità medica. In *Il Foro Italiano*.

Labella, E. (2020). Il nesso di causalità nelle «obbligazioni di diligenza professionale». In *Europa dir. priv.* (in corso di pubblicazione).

Landini, S. (4 maggio 2020). Pandemia e autonomia privata: sopravvenienza o rischio da gestire. Piani aziendali, contratti di assicurazione, pandemic bond. In *Giustizia Civile*.

León Hilario, L. (2020). COVID-19, crisis sanitaria y retos del derecho civil. Entre la fuerza vinculante y la adecuación de los pactos contractuales. In *Gaceta Civil & Procesal civil*.

Longobucco, F. (2012). *Rapporti di durata e divisibilità del regolamento contrattuale*. Napoli.

Luminoso, A. (2010). Il rapporto di durata. In *Riv. dir. civ.*

Macario, F. (1996). *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli.

Macario, F. (2002). Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare. In *Riv. dir. civ.*

Macario, F. (2020a). Sopravvenienze e rimedi al tempo del «coronavirus»: interesse individuale e solidarietà. In *Contratti*.

Macario, F. (2020b). Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di «coronavirus». In *Giustizia Civile*.

Macario, F. (2020c). Prova del nesso di causalità (materiale) e responsabilità medica: un pregevole chiarimento sistematico da parte della Cassazione. In *Il Foro Italiano – Gli Speciali*, 1/2020.

Maffei, D. (10 aprile 2020). Problemi dei contratti nell'emergenza epidemiologica da Covid-19. In *Giustizia Civile*.

Maggiolo, M. (17 aprile 2020). Una autentica solidarietà sociale come eredità del coronavirus: per una diversa destinazione dei risarcimenti del danno alla salute. In *Ridare*.

- Mattei, U. & Quarta, A. (7 maggio 2020). Tre tipi di solidarietà. Oltre la crisi nel diritto dei contratti. In *Giustizia Civile*.
- Maugeri, M. R. (22 aprile 2020). L'emergenza Covid-19 e la sospensione dei mutui per l'acquisto della prima casa. In *Giustizia Civile*.
- Mazzamuto, S. (2020). *Il contratto di diritto europeo*. Torino.
- Mazzarese, S. (1999). *Clausola penale, Artt. 1382-1384*. Il Codice Civile. Commentario, diretto da Schlesinger.
- Mengoni, L. (1952). L'oggetto della obbligazione. In *Jus*.
- Mengoni, L. (1954). Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi». (Studio critico). In *Riv. dir. comm.*
- Mengoni, L. (1988). *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*. Enc. dir., XXXIX. Milano.
- Mengoni, L. (2001). La direttiva 2000/35/CE in tema di *mora debendi* nelle obbligazioni pecuniarie. In *Europa dir. priv.*
- Mengoni, L. (2011) [1953]. *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*. Scritti. II. Obbligazioni e negozio, a cura di C. Castronovo, A. Albanese & A. Nicolussi. Milano.
- Mignoli, A. (1947). Impossibilità del creditore e incidenza del fortuito. In *Riv. dir. comm.*
- Mirabelli, G. (1951). *La rescissione del contratto*. Napoli.
- Morello, R. (27 aprile 2020). Gli effetti sui contratti dell'emergenza sanitaria determinata dalla diffusione del coronavirus e l'applicazione dei rimedi previsti dal Codice Civile. In *Giustizia Civile*.
- Moscato, L. (2016). La legislazione di guerra e il contributo della civilistica romana. In *Riv. it. scienze giur.*
- Mosco, L. (1970). *Impossibilità sopravvenuta della prestazione*. Enc. dir. Milano.
- Mossa, L. (1914). *Il contratto di somministrazione*. Sassari.
- Nardi, S. (2008). Contratto di viaggio «tutto compreso» e irrealizzabilità della sua funzione concreta. In *Contratti*.
- Nicolussi, A. (2001). Presupposizione e risoluzione. In *Eur. dir. priv.*
- Oppo, G. (1992) [1943] [1944]. I contratti di durata. In *Riv. dir. comm.*
- Osti, G. (1912). La c.d. clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico. In *Riv. dir. civ.*
- Osti, G. (1913). Appunti per una teoria della sopravvenienza. In *Riv. dir. civ.*
- Osti, G. (1918). Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione. In *Riv. dir. civ.*

Osti, G. (1954). Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni. In *Riv. trim. dir. proc. civ.*

Osti, G. (1959). Clausola rebus sic stantibus. In *Novissimo Digesto italiano*, III. Torino.

Padula, L. (1991). L'offerta di equa modifica delle condizioni un escamotage per evitare la risoluzione del contratto eccessivamente oneroso. In *Giust. civ.*

Pagliantini, S. (2010). La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile. In *Riv. not.*

Pagliantini, S. (2011). Sub *art. 1464. Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, Dei contratti in generale, IV, a cura di E. Navarretta-A. Orestano. Torino.

Pagliantini, S. (2015). I ritardi di pagamento nel prisma (novellato) delle fonti: (nuovi) profili generali. In *Nuove leggi civ. comm.*

Pagliantini, S. (2018). Tra diritto delle corti e teoria dei controlimiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302. In *Europa dir. priv.*

Pandolfini, V. (2013). *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali dopo il D.Lgs., n. 192*. Torino.

Pannuccio Dattola, F. (1990). *L'offerta di riconduzione a equità*. Milano.

Pannuccio Dattola, F. (1997). Offerta di riduzione ad equità. In *Digesto disc. priv., sez. civ., XVII*. Torino.

Pardolesi, R., & Simone, R. (2020). *Prova del nesso di causa e obbligazioni di facere professionale: paziente in castigo*. In *Il Foro Italiano gli speciali*.

Patti, F. P. (2015). *La determinazione convenzionale del danno. Clausole tipizzate e prassi del mercato. Autonomia privata e intervento del giudice*. Napoli.

Pellegrini, T. (2018). *Interesse alla prestazione e prevedibilità del danno*. Torino.

Pellegrini, T. (2019). La responsabilità dell'organizzatore di pacchetti turistici e il problema dell'art. 42 del codice del turismo. In *Riv. dir. ec. trasp. amb.*

Perlingieri, P. (1975). *Dei modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, Art. 1230-1259*. Bologna-Roma.

Perlingieri, G. (2009). Svalutazione monetaria ed eccessiva onerosità sopravvenuta. *Domenico Rubino. I Maestri italiani del diritto civile a cura della Società italiana degli Studiosi del diritto civile (S.I.S.Di.C.)*, a cura di P. Perlingieri & S. Polidori. Napoli.

Pescatore, G. (1947). Effetti dell'impedimento personale al singolo viaggiatore del contratto di crociera turistica. In *Riv. dir. comm.*

Panzarola, A., & Farina, M. (18 marzo 2020). L'emergenza coronavirus ed il processo civile. A prima lettura. In *Giustizia Civile*.

Piraino, F. (2011a). *Adempimento e responsabilità contrattuale*. Napoli.

Piraino, F. (2011b). L'adempimento del terzo e l'oggetto dell'obbligazione. In *Riv. dir. civ.*

Piraino, F. (2015). *La buona fede in senso oggettivo*. Torino.

Piraino, F. (2019a). Critica della causa al servizio dell'adeguatezza in concreto del contratto. Il caso dell'assicurazione della responsabilità civile con copertura *claims made*. In *Europa dir. priv.*

Piraino, F. (2019b). Osservazioni intorno a Sopravvenienza e rimedi nei contratti di durata. In *Europa dir. priv.*

Piraino, F. (2019c). Il nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale e la ripartizione dell'onere della prova. In *Giur. it.*

Piraino, F. (2020). Ancora sul nesso di causalità materiale nella responsabilità contrattuale. In *Il Foro Italiano*.

Pistor, K. (2020). *Law in the time of COVID-19*. Columbia Law School. <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>

Plaia, A. (2020). Il nesso di causalità nella responsabilità contrattuale del medico. *Giur. it.* (in corso di pubblicazione).

Procida Mirabelli di Lauro, A. (2020). Inadempimento e causalità «materiale»: perseverare diabolicum. In *Danno e responsabilità*.

Redenti, E. (1947). L'offerta di riduzione ad equità. In *Riv. trim. dir. proc. civ.*

Rizzo, N. (2020). Inadempimento e danno nella responsabilità medica: causa e conseguenze. *NGCC* (in corso di pubblicazione).

Rolfi, F. (2008). Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la cassazione e la rielaborazione del concetto di causa in concreto. *Il corriere giuridico*, vol. 7/08.

Roppo, V. (2011). *Il contratto*. Tratt. dir. priv., a cura di G. Iudica-P. Zatti. Milano.

Roppo, V. (2013). Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non compiacente, né reticente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito. In *Riv. dir. civ.*

Rubino, Domenico (1947). Svalutazione della moneta e risoluzione per eccessiva onerosità, nota critica a Cass., n. 610. In *Foro it.*

Rubino, Domenico (1948). In tema di determinazione di prezzo nella rescissione per lesione e di svalutazione monetaria, nota critica a Cass., 11 giugno, n. 889. In *Foro it.*

Rubino De Ritis, M. (16 marzo 2020). Gli effetti della pandemia sull'economia digitale. In *Giustizia Civile*.

Sacco, R. (2004). *Il contratto*, t. II, in Tratt. dir. civi., diretto da R. Sacco. Torino.

Salanitro, U. (21 aprile 2020). La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del Coronavirus. In *Diritto e Giustizia*.

Salvato, L. (16 aprile 2020). Strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del Covid-19). In *Giustizia Civile*.

Sangiorgi, S. (1965). *Rapporti di durata e recesso ad nutum*. Milano.

Santagata, R. (17 aprile 2020). Gli effetti del coronavirus sui contratti turistici. Primi appunti. In *Giustizia Civile*.

Scalfi, G. (1991). Risoluzione del contratto. *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII. Roma.

Schmitt, C. (1934). *Politische theologie. Vier kapitel zur lehre von der souveränität*. München-Leipzig: Duncker & Humblot. Trad. it., Teologia política. *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972.

Scognamiglio, C. (15 aprile 2020). L'emergenza Covid 19: quale ruolo per il civilista? In *Giustizia Civile*.

Simone, R. (2020). Ombre e nebbie di San Martino: la causalità materiale nel contenzioso sanitario. In *Giur. it.*

Sirena, P. (2006). *Le modificazioni unilaterali*. Tratt. del contratto, diretto da V. Roppo, Effetti, III, a cura di M. Costanza. Milano.

Sirena, P. (2018). Arricchimento ingiustificato e restituzioni: una prospettiva di diritto europeo. In *Rass. dir. civ.*

Somma, A. (2019). Verso la grande trasformazione. Il primo conflitto mondiale e la disciplina dell'ordine economico nell'esperienza italiana. In *Historia et ius*.

Terlizzi, G. (2018). Modifiche unilaterali e cancellazione del pacchetto turistico. La normativa in vigore e le novità introdotte dalla direttiva 2015/2302 UE. *ODCC*.

Terranova, C. G. (1995). *L'eccessiva onerosità nei contratti*. Il Codice Civile. Commentario diretto da P. Schlesinger. Milano.

Torrente, A. (1949-1950). Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore. In *Riv. giur. Lav.*

Trimarchi, P. (2010). *Il contratto: inadempimento e rimedi*. Milano.

Trimarchi, V. M. (1954). *La clausola penale*. Milano.

Tuccari, E. (2018). *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*. Padova.

Tuccari, E. (2019). Contratti di durata (eccessiva onerosità sopravvenuta nei). *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Agg. XII; diretto da R. Sacco. Torino.

Tuccari, E. (2020). Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19. Jus civile (in corso di pubblicazione).

Twigg-Flesner, C. (2020). A comparative Perspective on Commercial Contracts and the impact of COVID19 - Change of Circumstances, Force Majeure, or what? In *Law in the Time of COVID-19*. Columbia Law School.

Vassalli, F. (1960) [1919]. Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato. In *Studi giuridici*. Milano.

Verzoni, S. (25 marzo 2020). Gli effetti sui contratti in corso dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19. In *Giustizia Civile*.

Vettori, G. (2020). Persona e mercato al tempo della pandemia. *Persona e mercato*.

Zaccheo, M. (21 aprile 2020). Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19. In *Diritto e Giustizia*.

Zoppini, A. (1991). *La pena contrattuale*. Milano.

The Covid-19 crisis beyond civil liability

Francesca Benatti
Università di Padova

1. Tort law and Covid-19

Traditionally, natural disasters have been considered outside the realm of civil liability. In fact, it was believed that man was not responsible for the consequences of certain serious and unpredictable events because they were *Acts of God*. Such conviction is reflected in historical texts that rationalize seemingly unexplainable phenomena—capable of destroying families, communities and entire nations—through reference to the supernatural. In a vision that brought together distant civilizations such as China and Persia, the plague was conceived as an expression of the demonic world which could be rid of through sacrifices, exorcisms, and rituals (Amory-Winslow, 1980). In other experiences, the plague was believed to be the «wrath of the gods» (De Paolo, 2006). For instance, in the *Iliad*, it was how Apollo punished Agamemnon for mistreating the daughter of one of his priests, while in *Virgil* and *Ovid* it represented Juno's punishment. In the *Oedipus of Seneca*, on the other hand, the plague symbolized the fulfillment of fate—the city would be freed from disease only if Oedipus left Thebes. Finally, for some cultures, the force of nature (and especially the stars) is recognized in epidemics (Amory-Winslow, 1980). At the same time, we cannot ignore, for example, Thucydides' extraordinarily lucid description of the Athenian plague, the first medical analyzes by Hippocrates or the naturalistic observations of Lucretius. Understanding and conquering epidemics can be considered a fundamental chapter in the history of ideas,¹ which has had very different, known or forgotten protagonists, including Fracastoro, Budd, Pettenkhofer, Kircher and Chadwick, and Pasteur. The story, however, continues, as each new epidemic evokes senses of helplessness and fragility amongst the affected populations. The current global reality is a disturbing example of the intrinsic limits of exultant progress. Indeed, the havoc of this era's epidemic, as well as certain recommendations obsessively repeated and measures taken to tackle its devastation resemble past responses to rampant infection. The contagion's spread and consequent demise of the doctors who attended to the sick in Thucydides and the disturbance of funeral rites in Procopio appear exceptionally relevant (De Paolo,

¹ The expression is derived from Amory-Winslow (1980).

2006). And one might wonder to what extent progress has been an illusion for which we have sacrificed perhaps too much.

On the other hand, the paradigm shift caused by the impact of new technological and scientific knowledge suggests that civil liability could play a central role in the Covid-19 crisis. Indeed, the modern function of tort law—which no longer serves to merely compensate the injured party, but also provides social benefits by deterring certain behavior and punishing transgressors—has influenced this change. Changes in mentality, whereby people no longer accept the Holmesian formula «the loss lays where it falls» but actively seek a «responsible» party, have also played a role. This transformation is encouraged by mass media, which often frames its culprits in the news, sometimes for no reason other than to get «the scoop» or, worse, to exploit politics. In the midst of the crisis, notwithstanding scarcity of certain data, *the good* and *the bad* have already been identified.

From a legal perspective, in order to examine how tort law might operate in coronavirus cases, it seems appropriate to distinguish between the hypotheses in which the public administration is the defendant and those concerning doctors and medical structures.

With regard to the former, the issue must be framed in terms of responsibility for natural disaster. However, a «natural disaster» is difficult to define despite the consensus that it is a sudden, relevant and natural event. Thus, in the midst of apparent clarity lies concealed ambiguity, such that it has even been remarked that «it is generally accepted among environmental geographers that there is no such thing as a natural disaster. In every phase and aspect of a disaster—causes, vulnerability, preparedness, results and response, and reconstruction—the contours of disaster and the difference between who lives and who dies is to a greater or lesser extent a social calculus» (Smith, 2006). Indeed, natural and social causes, people's vulnerability, preparation and prevention are affected. An earthquake of equal intensity does not necessarily produce the same consequences in all places or times. Above all, it is an established fact that human action often has a decisive impact on the transformation of «natural risks into natural disasters». The various categories of disaster are equally complex (Kellman, 2016). It is possible to discern a single event that causes immediate damage in a specific area from one with lingering and indeterminate consequences, or the hypotheses in which the cause is known from those characterized by uncertainty. Therefore, the lack of an unequivocal qualification of calamity in technical-scientific language contributes to the creation of different quantitative detection methods which hinder a unitary reconstruction of the phenomenon.

For what concerns the coronavirus, the absence of a single, certain definition appears to place the contagion into this category. Accordingly, it is important to identify which behaviors are capable of attributing liability for the outbreak to public bodies. The concept of risk management is central and «refers to the systematic process of using administrative directives, organizations and operational skills and capacities to implement strategies, policies and improved coping capacities in order to lessen the adverse impacts of hazards and possibility of a disaster» (UNISDR, 2017). Therefore, the concept of risk management includes both disaster management and risk reduction (Picard, 2017).

Before discussing the potential sources of liability, it is necessary to identify and analyze disaster forecasting and prevention activities. The former is performed with the support of independent specialists and «allows the implementation of an alarm and surveillance system capable of timely activating civil protection mechanisms in the case of foreseen or ongoing events, whose estimated or measured intensity exceeds pre-established criticality thresholds. Exceeding these thresholds will lead to the implementation of the activities envisaged in emergency planning, and in particular those aimed at protecting people's safety».² Prevention, on the other hand, avails of the knowledge acquired from forecasting activities to devise structural interventions aimed at eliminating or minimizing the probability that a harmful event will occur, and any consequences deriving therefrom. If the public authority does not perform these activities with due diligence, care and scrupulousness, it may be liable for damages. Moreover, due to the function of such officials, combined with the relevance of interests involved, the tools available and the potential social effects, conduct must be assessed according to a high standard. Simply put, the public administration must have taken every possible measure to avoid or reduce any detrimental effects. It is clear that the information and technical and scientific data available at the time of the event, including any uncertainties and the probability of risk, must be considered.

The situation is complex. Evaluations are made *ex-post*, a circumstance that tends to facilitate the finding of fault as the judge's perception and reconstruction of events are—at least somewhat— influenced by retrospective considerations. Indeed, in hindsight, even reasonable choices concerning resource allocation (e.g. not pursuing costly interventions to prevent improbable events in favor of retaining funds for more purposes deemed more urgent) could seem unreasonable. Notwithstanding the process often entails using Calabresi's well-known formula of «tragic choices», the occurrence of the seemingly impossible changes one's perception of the actual situation in order to critique decisions that turned out to be inadequate. And the operation is additionally complicated by the absence of technical and/or scientific consensus that would allow authorities to make «safe» decisions.

In risk management, the public must be presented with decisive information in order to better prepare and face the crisis situation. In the case of Covid-19, the Italian government appropriately declared a state of national emergency on January 31, 2020 and suspended flights to and from China. However, it is noteworthy that the following month was marked by confusion and a certain general underestimation of the epidemic's severity.³ This muddle prevented officials from taking immediate, adequate measures, and perhaps contributed to the contagion's spread. Among the most questionable initiatives are #Milanononsiferma and #Bergamononsiferma, which were launched with the support of the mayors of the Milan and Bergamo after the first cases of coronavirus had already been ascertained in Lombardy and Veneto. These slogans urged the population to maintain their lifestyle and continue social

2 Definition available at <http://www.protezionecivile.gov.it/attivita-rischi/meteo-idro/attivita/previsione-prevenzione>

3 See from a general perspective in T. Harford (16 April 2020).

habits as usual —without taking any (or, in any case, limited) precautions— at a decisive moment in the history of the outbreak. Thus, such social campaigns could constitute grossly negligent behavior as, coming from public offices and community leaders, they influenced people’s choices and aggravated an already challenging situation. Moreover, the situation was made worse by the government’s failure to provide protective measures or clear instructions on how the public should behave. At the same time, when evaluating the role of an omission in the occurrence of an event, or the relationship between a person’s psyche and their material conduct, it could be difficult to determine the causal link required to establish liability. In fact, it is difficult to measure how one factor over another effects a decision, especially because people enjoy a general freedom of choice when it comes to their personal behaviors. In criminal law, the Court of Cassation clarified that compared to the traditional forms of physical-natural causality, the so-called psychological cause (which may be multiple and is completely confined to the spiritual dimension of the person, without any concrete possibility of being observed or verified), even in its very peculiar terms and for the purposes of criminal judgment, is not exempt from the requirement to attempt to identify possible explanatory generalizations of individual actions, on the basis of consolidated and verifiable maxims of experience, capable of selecting *ex ante* the conditioning behaviors (socially or culturally typifying), to be subsequently subjected to the *ex post* causal assessment.⁴ Yet, despite the obvious (and significant) consequences of the initiatives in Milan and Bergamo, those who called for action were blamed for creating excessive panic.

The Administration’s inadequate response to the situation (both when it was certain that an outbreak had occurred and when it was clear that infection had spread) might be an additional source of liability. The general lack of answers seems to indicate suboptimal management and the absence of an effective plan to deal with the emergency. The contradictory messages, the delays in containment measures, the confused coordination between the State and the Regions, the difficulties in the supply of masks and protective instruments (which have long been unavailable to the health care personnel themselves) are emblematic. In this context, it is significant that national and international⁵ case law assesses government action according to the so-called best efforts test. Likewise, it should be highlighted that Italy was the first state strongly and unexpectedly hit outside of China, and the virus’ relative novelty has likely made decision-makers wary of relying on certain pre-existing safety protocols. It is additionally imaginable that past behaviors may have negatively impacted the current situation.

Even if it were possible to establish that the public administration has acted improperly, it is not easy to identify the actors or the damaged parties. More specifically, the diffused constellation of decision-making makes it difficult to determine what the decisive errors may have been and how different choices could have avoided or mitigated the prejudices. Additionally, the involvement of both national and

⁴ Court of Cassation, decision n.° 12478/16 of 19, November 2015.

⁵ Kolyadenko and Others v. Russia, App. n.° 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05 (TEDH 28, February 2012).

international actors means that the injured parties are not only people who mourn the loss of family members or have suffered health consequences; poor or negligent management of the current pandemic has limited a range of civil rights and reduced economic activity world-wide, thereby extending damages to the entire global community. In this context it appears more appropriate to configure responsibility in political rather than legal terms.

Although the standard rules of civil liability apply in cases against hospitals and doctors, judgment should be exercised with caution and without excessive admonishment or judicial paternalism. Conduct of doctors and health workers must be assessed in light of all the factors contributing to the circumstances of the emergency situation, including the impact of years of budget cuts and lack of investments, as well as absence of protocol or direction. The significant number of deaths of physicians and hospital workers testifies to the healthcare conditions at the time of the outbreak. Therefore, to be relevant, any fault must present the same characteristics that are normally attributed to *qualified gross negligence* as subjecting healthcare providers to the rules of mere negligence would be unacceptable considering the emergency situation (Oliveri, forthcoming). Moreover, it does not seem appropriate to embrace the thesis that distinguishes between medical personnel and healthcare facilities, as such distinction would make it possible to assign blame to the latter for lack of organizational structure⁶ without considering the fact that many shortcomings are largely due to political decisions that have undermined the efficiency of the system. However, the choice not to protect the structure may (only) be justified for the purpose of attributing a social assistance function to compensatory remedies, given the complex situation and insufficient legislative interventions.

Additionally, Article 840 bis of the Italian Code of Civil Procedure (on class actions) does not appear applicable. In fact, the law establishes that a class action may only be filed when multiple individuals have had the same right infringed, and—as demonstrated by US case law on the matter—damage to health does not fall into the category of actionable offenses. In any case, damages must be quantified with prudence (and strictly compensatory, although not typified), since there is no basis to sanction or deter a specific behavior. It should also be noted that even this second case illustrates the inadequacy and inappropriateness of using civil liability to claim damages cause by Covid-19.⁷

⁶ The position is expressed in *Lettera ai soci*, Associazione civilisti italiani, 24 April 2020.

⁷ The issue in question is not limited to Italy. On the French situation, see C. Million (30 April 2020): «Une troisième crise moins médiatique, plus sourde, était en filigrane ces dernières années: celle des hôpitaux. Tous personnels confondus, des chefs de services aux brancardiers, des internes aux aides-soignants, tous criaient mois après mois l'immense disette qui ravageait l'hôpital français en arborant des brassards "en grève" sans jamais déserrer leur poste. Alors que l'État se targuait d'avoir le meilleur système de santé au monde [...] On assiste au naufrage d'un État qui veut s'occuper de tout et cherche avec son obsession des procédures et des mises en conformité, à contrôler les initiatives des forces vives et des collectivités locales. Pourtant cet État qui veut s'occuper de tout n'a pas été en mesure de garantir la sécurité sanitaire du pays, il a renoncé à une stratégie en matière industrielle et laissé faire des délocalisations qui atteignent notre indépendance nationale, il a fait preuve d'imprévoyance en liquidant les stocks d'équipement hospitaliers, il a refusé par pure idéologie de contrôler les frontières».

2. The decline of a world

Although the current situation has been called a health emergency, it is also a structural crisis and represents a tipping of the balance (Deneen, 2018, pp. 196-197)⁸ —which already appeared fragile following the financial recession of 2008— that had been established after the fall of the Berlin Wall. In fact, already in 2008, it appeared that globalization (Rodrik, 2019) did not benefit everyone, and that it had actually intensified inequalities (Goodhart, 2017; see also Codevilla, 2010) and emphasized contrasts (Crouch, 2019). But, above all, this moment reveals that «living in the public sphere without authority (and therefore without being aware of its source compared to its power and those who have such authority) means finding oneself in the position of having to face again, without religious faith in a consecrated principle, and without the protection offered by traditional and therefore axiomatic behaviors, the most elementary problems aroused by human coexistence» (Arendt, 2017, p. 91) which becomes dramatic in an emergency.

For one thing, the current crisis has revealed the ambiguities and insufficiencies of international organizations. It should be noted that the progressive increase in the importance of international organizations has led to an evolution in their nature. In fact,

the rise of regulatory programs at the global level and their infusion into domestic counterparts means that the decisions of domestic administrators are increasingly constrained by substantive and procedural norms established at the global level; the formal need for domestic implementation thus no longer provides for meaningful independence of the domestic from the international realm. At the same time, the global administrative bodies making those decisions in some cases enjoy too much de facto independence and discretion to be regarded as mere agents of states. (Kingsbury, Krisch & Stewart, 2005, p. 26)

And it appears an increasing number of people consider that the very nature of these institutions is undemocratic (R. A. Dahl, 2001, pp. 19, 23 ff). The argument is based on the notion that, since it is difficult for citizens to influence and control the choices of their leaders, politics tends to resemble the positions of the wealthy and various lobby groups. Moreover, information asymmetry and lack of interest in perceivably distant issues makes it difficult to affect change, as illustrated by the fact that public advocacy increases when the citizens feel that an issue or decision impacts their daily life (Dahl, 2001, pp. 28-30).⁹ If democracy is difficult in national contexts, it becomes almost impossible in international ones as absence of effective participa-

⁸ «As the culmination of liberalism becomes fully more visible, as its endemic failures throw more people into economic, social and familial instability and uncertainty, as institutions of civil societies seen as to have been hollowed out in the name of individual liberation, and as we discover that our state of ever-perfected liberty leaves us, as Tocqueville predicted, both independent and weak [...] the greatest proof of human freedom today lies in our ability to imagine, and build liberty after liberalism».

⁹ Dahl, R. A. (2001, pp. 28-30) mentioning the cases of the Vietnam War or the Danish and Swedish referendums on entry into the European Union.

tion and a public sphere of debate necessarily undermine information symmetry and the possibility of influencing decisions. Furthermore, the complexity of providing effective representation mechanisms results in an inequality among the members of the organization, aggravated by their various interests, different values and distinct cultures, and affects how these organizations operate in practice.

However, some scholars observe that international organizations are bureaucratic bargaining systems (Dahl, 2001, p. 33) that, despite not having democratic characteristics, are capable of performing fundamental functions in contemporary society. In this context, it has been said that the current dilemma lies in the fact that small states might come to embrace democracy but without having any significant role on the world stage, as allowing them such voice would mean that international organizations would have to trade democracy for global competitiveness (R. A. Dahl, 1994, p. 23 ff). The assessment should therefore be made according to a cost-benefit analysis, based on new criteria and aimed at, above all, democratization. However, these objectives are often not considered important when membership is voluntary and withdrawal is both possible and not costly (Tobin, of Hirschman, 1970).¹⁰ Moreover, if one compares international organizations with the concrete functioning of Western democracies (rather than the democratic ideal), their deficit appears less significant (Moravcsik, in Held & Koenig-Archibugi, 2005). It has also been said that —precisely because the issue is complex and far from ideal— increased participation by non-majority national and international institutions alike is required. As a result, the legitimacy of such institutions would be based on results and their ability to respond more completely and efficiently to the actual needs of an increasingly interconnected and globalized society. On the other hand, the choice to entrust certain decisions to international organizations has significant repercussions on the democracy of the nation states themselves, which are affected by this loss of sovereignty even in the face of public opinion, and therefore must have clear and precise limits.

Analysis of the coronavirus crisis gives the impression that perhaps striving for greater institutional efficiency was an inappropriate strategy. In fact, by underestimating the emergency and providing poor advice, the World Health Organization (WHO) has not adequately fulfilled its function. For example, one can recall statements that human-to-human transmission is improbable or the frequent changes of expert opinion on the use of masks. While it is true that the contagion's novelty contributed to conflicting beliefs about its severity and inaccurate information on how to cope with its spread, it is undeniable that failure to act promptly has resulted in wasting useful months. In fact, a world organization is expected to perform relevant investigations *immediately*, to identify any risks and devise coordination strategies and/or effective solutions for members of the global community which it serves. Not only did the WHO fail to intervene in good time, but no other global organization (e.g. the United Nations) has stepped up either.

Moreover, in addition to no international strategy to cope with the effects of Covid-19, there is no European one either. At the onset of the emergency, when it appeared to be limited to Italy and therefore an «Italian problem», the European

¹⁰ He takes up the reflection of A. Hirschman (1970).

Union did not show solidarity (Audard, 2009, pp. 474 ff) or prove itself capable of developing a common project. On the contrary, some of the Union's highest offices made comments that aggravated Italy's fragile economic situation, and the sympathetic rallying cry, «we are all Italian» appeared to be a late and insufficient attempt to apologize. All this at the same time that the very notion European unification was being questioned.¹¹

It has been effectively stressed that «governed by these means of governance and not of government, the people of Europe become instruments of their own instruments, the unhappy but docile subject of a sum of governance that, from the Municipality to the United Nations, has as its sole purpose to prevent any individual or collective action that is nothing more than the application of a rule [...] The era of enlightened despotism has returned, a precise definition for the sum of agencies, administrations, courts of justice and commissions [...]» (Manent, 2008, p. 37). And that the end of Europe is being threatened by «this technocratic drift, that is to say by a technique that is not simply an emanation of a basic science, of a primary science, of a contemplative science, which was then the science of the Greeks» (Mathieu, 2002, p. 20). Indeed, since its origin, the European construction has appeared to be a technocratic and bureaucratic project that ignores national traditions, values and identities without successfully replacing them. But the latent risk is that of becoming a sinking ship which existence is jeopardized by the loss of a central or essential reference point (Mathieu, 2002, p. 58). This had already become evident when reference to Christian roots was abandoned in what was to be the European Constitution (Reale, 2003). The statement, «an individual is allowed not believe in the Christian faith, and yet everything he says and does stems and derives meaning from some part of the Christian culture of which he is heir. Only a Christian culture could have produced a Voltaire or a Nietzsche» (T. S. Eliot, 1939-1962, pp. 838-839) is not religious.

Therefore, the legitimacy of the EU depends solely on the results that have been in crisis for too long.¹² The Covid-19 emergency made it clear that individual states not only move in isolation, but respond to national interests.¹³ The frequently invoked solidarity is lacking while economic competition and the battle for market share remains strong. And it could not be otherwise in absence of a European *demos* which provides a common foundation and demands sacrifices.¹⁴ Even those who justify the EU's bureaucratic excesses by stating «we must be part of the EU in order to influence its decisions [...] They too recognize that the EU is a question that concerns our destiny, our decisions, our autonomy, our future interests. But that 'ours' is defined by the territory of the national state» (Scruton, 2012, p. 96) have always acknowledged a contradiction.

In a crisis, an institution that views a community as «a mere place of transit, which does not imply any particular moral loyalty on those who have chosen to tempora-

11 See BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 – 2 BvR 859/15.

12 The frailty of the project from an economic perspective is examined by A. Mody (2018).

13 For this reason, U. Beck (2010), while acknowledging the EU's democratic deficit, stresses the need to build Europe as a nation state.

14 The problem of foundation in political modernity is analyzed in N. Riendeau (2014).

rily reside there, and which everyone must be free to abandon in favor of another place from the moment any calculation proves its advantage» (Michea, 2008, pp. 102-103) cannot help but prove particularly fragile. Instead, it is precisely in times of difficulty that the need for roots and the desire to belong to a community are reinforced.

However, the community's distrust of international institutions goes hand in hand with that of the nation-state, which has long been contested for its inefficient bureaucracy and inability to solve problems. Economic growth alone may be perceived as insufficient¹⁵ if such does not lead to the establishment of a middle class¹⁶ that recognizes itself in the same values and common interests, with the same opportunities. The current policies —divided between subjection to often transnational political and economic establishments and an arduous attempt to maintain an effective welfare state for the weakest subjects— seem to ignore this aspect. Furthermore, the State is accused of poor control and inadequate market regulation and other pressures of globalization.

In this context, there has been an internal change in the state itself: «power has shifted not away from the state but within the state, i.e. from industry or labor ministries towards economy ministries and central banks» (Cox, in Milliband & Panitch, 1992, pp. 30-31). It must respond differently to two different communities, even if partially coincident. Towards the national people, it maintains traditional functions, acts in the general interest, guarantees respect for inalienable and social rights. Citizens exercise their control through electoral procedures, the formation of a public opinion and contribute by paying taxes to the public administration (Streeck, 2013, p. 103). The relationship is based on loyalty. Instead, with regard to market actors, the State is the debtor —bound by contract— and must only fulfill a service without guaranteeing civil or social rights. Market actors are essentially investors and influence political decisions through their investment choices (which are, in turn, depend on investor trust) and not through political participation (Streeck, 2013, p. 103). These relationships clearly create a tension that is difficult to resolve, but both are fundamental for the State's legitimacy. Specifically, since citizen cooperation is essential for State legitimacy, the State's legitimacy also depends on its ability to at least partially satisfy public interests. Likewise, if market investments are tied to the State's ability to provide certain services (Streeck, 2013, p. 105), then decreased investment might translate to reduced public confidence and consequent loss of the State's legi-

15 See Kapstein & Converse (2008, p. 65): «if sustained economic growth ultimately depends on the quality of a nation's institutions, however, the industrial world's aid programs may have the causal chain backward. Further, there seems to be little consideration in the policy community of whether the "type" of growth —and especially the extent to which incomes, assets, and opportunities are distributed— matters to democratic survival. The distribution of wealth and opportunities may be thought of as having the same broad goal as a society's set of political checks and balances: In both cases, the aim is to dilute excessive concentrations of power and resources».

16 The role of the middle class is highlighted in Temin (2017, p. IX): «middle class was critical to the success of the United States in the twentieth century. It provided the manpower that enabled the nation to turn the corner to victory in two world wars in the first half of the century, and it was the backbone of American economic dominance of the world in the second half».

timacy in the eyes of the national public. This interplay becomes more challenging when citizens are also investors, as they tend to have conflicting interests. It is also noteworthy that markets appear to be more persuasive than national public opinion as they are supported by the international community and organizations,¹⁷ which exert pressure on the debtor state (Streeck, 2013, p. 111). Furthermore, this influence thwarts the viability of certain policies (Kymlicka, s.f., p. 113).

In this perspective, the current decline is not only due to the breakdown of the market-State relationship (which has transformed from a fiscal to a creditor-debtor relationship but in any case remains essential to provide the same security as the prior relationship), but there has also been a progressive attempt, «to free the capitalist economy [...] from the yoke of democracy understood as mass democracy or democratic capitalism. Today, the useful tools to control legitimization crises by creating the illusion of growth seem exhausted. In particular, the magic of money that had been wagered in recent decades with the help of a no strings attached financial industry has proved too dangerous for one to think that it will be able to buy time».

In response, two solutions have been proposed. First, to establish a new social contract that is more appropriate given the current dynamics of a globalized economy (Banting, in Courchene, 1996, p. 260). Alternatively, to restore democratic control of the market. The former option is met with the difficulty of changing expectations or limiting already established or inalienable democratic rights without causing disappointing citizens and causing legitimacy crises. The later, on the other hand, is rooted in the consideration that democracy is incompatible with a fully competitive market. Although this notion was initially elaborated by Polanyi in «The Great Transformation», it seems to be affirmed both by public opinion and in light of the economic and financial crisis that has affected many Western nations. To begin with, recent events have caused the public to question the liberal market's supposed efficiency and its ability to actually promote development and growth,¹⁸ and it has been argued that there is an inherent contradiction in the argument that competitive markets are preferable to Pareto's efficiency (R. A. Dahl, 1993, p. 259).¹⁹ In fact, the supposed free market requires a person to compromise his own interests for the benefit of the «common good». More specifically,

ironically, the assumption that society will benefit if everyone acts from motives of rational self-interest (in their economic transactions at any rate) stands in sharp contradiction to the requirement that the victims of competitive markets must somehow be prevented from acting selfishly in order for the optimal state of affairs to be reached. But if, in order to maximize the general welfare, victims must not act in their own self-interest, then they must either be deluded about their own interests, or else be willing to sacrifice them for the good of some larger entity.

17 The problem is twofold: on the one hand, the state can also attribute its own blame to international institutions to try to acquire the consensus of the community, showing itself to be a defender of the national interest, on the other the detachment between national and international community can grow significantly.

18 See the early analysis A. Przeworski (1992, pp. 45 ff).

19 Dahl (1993, p. 259), which affirms the fundamental link between mixed economies and democracy.

Yet in a market society, as indeed perhaps in any large and heterogeneous society, prevailing cultural norms and practices are unlikely to encourage strong dedication to public virtue. (A. Dahl, 1992, p. 84)

Furthermore, the cost of imposing competitive markets can be very high, hardly justifiable and/or unacceptable, and therefore cannot be pursued through strictly democratic processes. Such a demand results in the establishment of an enlightened technocratic governing elite (R. A. Dahl, 1992, p. 87)²⁰ as happened in the European experience (see Habermas, 2014). This evolution is accompanied and facilitated by the delegitimization of national governments which are seen as unable to implement prudent economic policies to the detriment of the international community (Streeck, 2013, p. 117). This flawed system creates a democratic deficit in that a weakly legitimized technocracy undermines ability of national powers to strengthen their role and create a consensus.

The same perceived awe of a capitalism²¹ with its intrinsically different characteristics²² disconnected from the national community and to which decisive choices have often been delegated aggravates the distance between governed and governors. It is in fact a «surveillance capitalism (that) departs from the history of market capitalism in three startling ways. First, it insists on the privilege of unfettered freedom and knowledge. Second, it abandons long-standing reciprocities with people. Third, the specter of life in the hive betrays a collectivist societal vision sustained by radical indifference and its material expression in Big Other» (Zuboff, 2019, p. 495).

The delicacy of this balance is evident in the Covid-19 crisis. The State's political responsibility is primarily due to the continuous cuts in health investments, which amounted to approximately 37 billion euros between 2011 and 2020 alone. Budget cuts resulted in the closure of small hospitals, a significant reduction of intensive care places, and the redundancies of more than 46 thousand staffing units between 2009 and 2017. Cost-cutting was predominately the result of European Union austerity policies that Italy was obliged to implement, but questionable choices also played a part. It has often been preferred to sacrifice the protection of public health and investment in research to measures considered effective for electoral purposes or, worse, for political programs deliberately hostile to the middle class. The consequences of these assessments were disastrous in the emergency. Just as the absence of an industrial policy led us to «n'être plus qu'un noeud mol et souple dans les échanges mondiaux»,²³ so much so that we realized we were dependent on many of our needs from other countries, including China.

20 «Given the evident impossibility of creating and maintaining a strictly free market, some proponents of free markets might conclude that the fault lies not in the policies themselves but in democratic processes that allow the unenlightened to prevail over the enlightened. They might even conclude that for the enlightened to prevail over the unenlightened on economic policy (and perhaps other matters as well), democratic processes and institutions should be replaced by guardianship or elite rule--or to put it more bluntly, by an authoritarian dictatorship».

21 See the implication in R. Kuttner (2018).

22 The analysis and perspectives of capitalism are examined by B. Milanovic (2019).

23 Interview of P. Manent, in *Le Figaro*, 23 April 2020.

The problem is not limited to the how the emergency has been managed; it is may also be observed in the so-called «Phase 2». The shrinking of the Western middle class,

heralds the time of the relative society in which no group is able to be the bearer of a dominant cultural model and common values. How can a society be created without an economically and culturally integrated middle class? To whom can we appeal to accept a reform plan, a political project, a social movement, a revolution? In the face of this cultural impasse, without points of support in society, political leaders are no longer able to defend any integration system and navigate on sight. (Guilluy, 2019, p. 61)

However, if tensions were already felt in the previous situation of apparent stability, today this poses serious problems. The two or three months of near-total halt of economic activity mainly affects the middle class, which, already weakened, risks being exhausted and feeling underrepresented. Accordingly, this category of disillusioned constituents will be less inclined to accept policies that are not (adequately) aligned with their interests. At the same time, it is practically impossible for the government to implement a plan that —aside from reflecting interests that are unclear and have been long undervalued— might create national unrest and is based on a certain social ideal. Indeed, it has been remarked that the political class «no longer recognizes the society in which it lives. And this society —thankfully— is not that of the *movida* or one comprised of families whose children are out until 11 pm and whose members live at home doing nothing. The Italian society is a society of thousands of small artisan businesses that cannot work in ‘smart working’, but that must continue to work in factories and offices [...]» (Sapelli, 2020, p. 47).

Therefore, while developing an overall strategy may not be simple, there is a proliferation of task forces and experts who have taken on a problematic decision-making role.²⁴ Linked to this, and as clearly outlined in Burnham’s volume *The Managerial Revolution*, there is a tendency for governments to delegate important decisions to unelected²⁵ (or in any case unrepresentative) subjects, and the situation has only been aggravated by the emergency. On the one hand, this has raised the issue of weakening democracy. On the other hand, it has been stated that, «leur propre est d’avoir un caractère indirecte, puisque, c’est fonctionnellement qu’elles sont au service de la construction de l’intérêt général» (Rosanvallon, 2020, p. 210). Therefore, in this perspective, delegation to specific task forces and/or experts has democratic characteristics, albeit not liberal. Nonetheless, it is undeniable that the recent relevance of such specialized task forces has augmented feelings of discomfort.

In this specific case, the choice to equip task forces with experts and not with elected representatives of the middle classes is clearly alarming, as is the lack of transparency that derives from the delayed or failure to publish the reports that led to certain decisions.

²⁴ In favor of the rule of the knowledgeable, see J. Brennan (2016).

²⁵ See a positive assessment P. Tucker (2018).

With reference to virologists, the theme also concerns the complexity of the relationships between science and politics, including their diversity of nature and functions. Making political decisions based on science comes from the illusion of universal knowledge²⁶ that establishes the uniform values (Del Noce & Spirito, 2018, p. 45) in which everyone can recognize themselves, forgetting that science, in Heidegger's words, «does not think». Indeed, it does not provide certain truths or answers: knowledge is and remains fallible so that «in the field of those who seek the truth there is no human authority and anyone who tries to be a magistrate is overwhelmed by the laughter of the gods». For this reason, the choice of which expert to place confidence in is also complex, as, «theoretically, we ought to choose the most expert on each subject [...] [but] the experts themselves are not in the least certain who among them is the most expert» (Lippman, 2017, p. 171). In the Covid crisis, there have been a series of errors made by esteemed experts and it has been constantly repeated that «we do not know» because Covid-19 is a novel virus.

Therefore, in this uncertainty, while science must formulate verifiable hypotheses, politics has the duty to take immediate action —«a leader who claims to know before acting is continually induced not to act because his need to know suffers continuous frustrations. If a boss wants to act, he must know how to act even without knowing [...]» (Melograni, 2019). It is an operation of reconciliation and mediation between different interests given that

there are no absolute values in public policies, nor are there in the conservation of life. There are only pros and cons. Do we not allow cars to circulate among the deadliest weapons ever conceived, even though we know with certainty that thousands of people will be killed or maimed each year? We do it because we believe it is a price worth paying for moving in speed and comfort. Each of us who leads is a tacit part of that Faustian pact [...]. I'm not a scientist. Most of you are not scientists. We can all read the scientific literature, which is perfectly clear, but has obvious limitations. Scientists can help us evaluate the clinical consequences of different ways of containing coronavirus. But they are no more qualified than we are to say whether it is worthwhile to turn our world upside down and to inflict serious long-term damage to it. (Sumption, 6 April 2020)

It is impossible to

construct out of the messy, contingent practices of a myriad of sciences a single golden calf before which all must bow. This giant mirage is usually invoked when we are instructed to 'listen to science' or told what 'studies show' or 'science says'. But there is no such thing as science, only sciences, each one with its unique uses and unique limitations. When 'science' is abstracted from all the vicissitudes and shadows of knowledge production, and elevated into an omniscient oracle whose priests can be identified by their outfits, their solemn postures and their impressive credentials, what suffers, in Illich's view, is political judgment (Cayley, 8 April 2020).

²⁶ The relationship between an absolute trust in reason and science and the value of traditions is illustrated by R. Brague (2018).

Politicians should not act as if they were «science’s right hand», «sheltering behind the skirts of science —even where there is no science— and deferring to the gods of health and safety» (Cayley, 8 April 2020).

Experts should not aspire to govern both because by claiming to elevate his skills to meet ends «he ceases to be an expert and rises to the ground of faiths and religions and political ideologies, which do not belong to any competence and await a response from the outcome of the conflict» (Irti, 2014, p. 15) and because the choice of goals «is not a technical question, but a question of faith, or of economic convenience or utopianistic momentum» (Irti, 2014, p. 61). Thus, even in the Covid case, «the conflict between one and another competent can only be resolved by an incompetent source [...] that has no special competence, but exercises the power of government, any sovereign power to quell the conflict» (Irti, 2014, p. 60). Delegating to science could therefore be useless, or —worse— harmful.

3. Conclusion

It is not easy to predict whether Agamben’s reflections on the consequences of Covid-19 are excessive, although they may appear justified by the breakdown of the constitutional forms that have characterized this period²⁷ in the almost complete silence of even jurists (Agamben, April 13, 2020).²⁸ Now, however,

many opinions support the idea that we are currently experiencing the end of a system governed by bourgeois democracies, founded on rights, parliaments and the division of powers. The current system has given way to a new despotism, which, as regards the pervasiveness of controls and the cessation of all political activity, will be worse than the totalitarianisms that we have known so far. American political scientists call it the Security State, which is a state in which ‘for

27 See J. Sumption (May 2020): «We, too, have to ask ourselves what kind of relationship we want with the State. Do we really want to be the kind of society where basic freedoms are conditional on the decisions of politicians in thrall to scientists and statisticians? Where human beings are just tools of public policy? A society in which the Government can confine most of the population without controversy is not one in which civilised people would want to live, regardless of their answers to these questions. Is it worth it? My own answer is no. Guidance is fine. Voluntary self-isolation is fine, and strongly advisable for the more vulnerable. Most of them will do it by choice. But coercion is not fine. There is no moral or principled justification for it. Not everyone will agree, which is fair enough. These are difficult value judgments, on which one would not expect general agreement. The fundamental point is that these questions need to be confronted and publicly discussed by politicians without the kind of emotive evasions, propagandist slogans and generalised hype that have characterised their contribution so far».

28 «The category of jurists has also failed in its duties. We have long been accustomed to the reckless use of the emergency decrees through which the executive power actually replaces the legislative one, abolishing that principle of the separation of powers that defines democracy. And it is not seen how, once the limit of temporal validity of the decrees of urgency, the restrictions of freedom may be, as announced, maintained. With which legal arrangements? With a state of permanent exception? It is the duty of the jurists to verify that the constitution rules are respected, but the jurists are silent. *Quare silete iuristae in munere vestro?*».

security reasons' (in this case, of 'public health', a term that suggests the notorious 'public health committees' during Terror), any limit can be imposed to individual freedoms. (Agamben, April 22, 2020)

This also appears to be the case with the consent of the media, which introduced «a regime in which nothing else but the virus could be discussed. By now a story in the newspaper not related to coronavirus is actually shocking. This cannot help but give the impression of a world on fire. If you talk about nothing else, it will soon come to seem as if there is nothing else» (Cailey, 8 April, 2020).

The world is on a path²⁹; one that already started some time ago (Houellebecq, 4 May, 2020)³⁰ and has perhaps only been accelerated by Covid-19. In fact, it is worth remembering that

en général, aucune civilisation n'est détruite du dehors s'être tout d'abord ruinée elle-même, aucun empire n'est conquis de l'extérieur, qu'il ne soit préalablement suicidé. Et une société, une civilisation ne se détruisent de leurs propres mains que quand elles ont cessé de comprendre leurs raisons d'être, when the dominant idea autour de laquelle elles s'étaient naguère organisées leur est redevenue comme étrangère. (Grousset, 2016, p. 39)

References

Agamben, G. (13 April, 2020). Una domanda. Available at <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-una-domanda>

Agamben, G. (22 April, 2020). Nuove riflessioni. Available at <https://www.quodlibet.it/giorgio-agamben-nuove-riflessioni>

Amory-Winslow, C. (1980). *The conquest of epidemic disease. A chapter in the history of ideas*. London: The University of Wisconsin Press.

Arendt, H. (2017). *Tra passato e futuro*. Milano: Garzanti.

Audard, C. (2009). *Qu'est-ce que le libéralisme*. Paris: Gallimard.

Banting, W. (1996). The internationalization of social contract. En T. Courchene (Ed.), *The nation state in a global information era: policy challenges*. Proceedings of a conference held at Queen's University, 14-15 November. Kingston, Ontario, 1997.

29 It seems we are witnessing an age of faith politics, as described by Michael Oakeshott (2013).

30 «Sur la peste on a eu beaucoup de choses, au fil des siècles, la peste a beaucoup intéressé les écrivains. Là, j'ai des doutes. Déjà, je ne crois pas une demi-seconde aux déclarations du genre «rien ne sera plus jamais comme avant». Au contraire, tout restera exactement pareil. Le déroulement de cette épidémie est même remarquablement normal. L'Occident n'est pas pour l'éternité, de droit divin, la zone la plus riche et la plus développée du monde ; c'est fini, tout ça, depuis quelque temps déjà, ça n'a rien d'un scoop. Si on examine, même, dans le détail, la France s'en sort un peu mieux que l'Espagne et que l'Italie, mais moins bien que l'Allemagne; là non plus, ça n'a rien d'une grosse surprise. Le coronavirus, au contraire, devrait avoir pour principal résultat d'accélérer certaines mutations en cours».

- Beck, U. (2010). *La crisi dell'Europa*. Bologna: Il Mulino.
- Brague, R. (2018). *Moderement modern*. Paris: Flammarion.
- Brennan, J. (2016). *Against democracy*. Princeton: Princeton University Press.
- Cayley, D. (8 April 2020). Questions about the current pandemic from the point of view of Ivan Illich. Available at <https://www.quodlibet.it/david-cayley-questions-about-the-current-pandemic-from-the-point>
- Codevilla, A. (2010). *The ruling class*. New York: Beaufort Books.
- Cox, R., Global Perestroika. En R. Milliband & L. Panitch (Eds.) (1992), *New world order? The socialist register* (pp. 30-31). London: Merlin Press.
- Crouch, C. (2019). *Identità perdute – Globalizzazione e nazionalismo*. Bari-Roma: Laterza.
- Dahl, R. A. (1992). Why free markets are not enough. *3 Journal Democracy*.
- Dahl, R. A. (1993). Why all democratic countries have mixed economies. *35 Democratic Community*, p. 259, which affirms the fundamental link between mixed economies and democracy.
- Dahl, R. A. (2001). Can international organizations be democratic? En Shapiro, I, & Hacker-Cordon, C. (2001), *Democracy's edges*. Cambridge.
- Del Noce, A., & Spirito, U. (2018). *Tramonto o eclissi dei valori tradizionali*. Torino: Aragno Editore.
- Eliot, T. S. (1939-1962). Appunti per una definizione della cultura. *Opere*. Milano: Bompiani.
- Goodhart, D. (2017). The road to somewhere: the populist revolt and the future of politics. London: Hurst & Co.
- Grousset, R. (2016). *Bilan de l'histoire*. Paris: Desclée de Brouwer.
- Guilluy, C. (2019). *La società non esiste*. Roma: Luiss University Press.
- Habermas, J. (2014). *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*. Roma-Bari: Laterza.
- Harford, T. (16 April 2020). Why we fail to prepare for disasters. *Financial Times*. Available at <https://www.ft.com/content/74e5f04a-7df1-11ea-82f6-150830b3b99a>
- Hirschman, A. (1970). Exit, voice and loyalty: responses to decline in firms, organizations and states. Cambridge, MA. (Discussing the foundations of legitimacy).
- Houellebecq, M. (4 May, 2020). Je ne crois pas aux déclarations du genre rien ne sera plus jamais comme avant. Available at <https://www.franceinter.fr/emissions/lettres-d-interieur/lettres-d-interieur-04-mai-2020>
- Irti, N. (2014). *Del Salire in politica*. Torino: Aragno Editore.
- Kapstein, E., & Converse, N. (2008). Why democracies fail. *19 Journal of Democracy*, p. 65.

- Kellman, B. (2016). Disaster mitigation under law-An international legal challenge.
- Kingsbury, B., Krisch, N., & Stewart, R. (2005). The emergence of global administrative law. *68 Law & Contemp. Probs.*
- Kymlicka, W. (s. f.). Citizenship in an era of globalization. *Democracy Edge's.*
- Kuttner, R. (2018). *Can democracy survive global capitalism?* New York & London: Norton & Company, Inc.
- Lippman, W. (2017). *Public opinion.* Middletown: Renaissance Classic.
- Manent, P. (2008). *In difesa della nazione.* Soveria Mannelli: Rubettino.
- Mathieu, V. (2002). *Le radici classiche dell'Europa.* Roma: Spirali.
- Melograni, P. (2019). *Saggio sui potenti.* Torino: Einaudi.
- Milanovic, B. (2019). *Capitalism alone.* Cambridge & London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Million, C. (30 April 2020). Notre état est caduc. Available at <https://www.causeur.fr/notre-etat-est-caduc-charles-millon-176193>
- Mody, A. (2018). *Euro tragedy: a drama in nine acts.* New York: Oxford University Press.
- Moravcsik, A. (2005). Is there a 'democratic deficit' in world politics? A framework for analysis. En Held, D., & Koenig-Archibugi, *Global governance and public accountability* (pp. 212-239). New Jersey: Wiley & Sons.
- Oakeshott, Michael (2013). *La politica moderna tra scetticismo e fede.* Soveria Mannelli: Rubettino.
- Oliveri, L. Responsabilità medica e COVID-19: prime impressioni. *Actualidad Juridica Iberoamericana* (forthcoming).
- Picard, M. (2017). Disaster management, risk reduction and international disaster response laws in the Commonwealth. *Commonwealth Law Bulletin*, 43.3-4, pp. 403-437.
- Przeworski, A. (1992). The neoliberal fallacy. *3 Journal of Democracy*, pp. 45 ff.
- Reale, G. (2003). *Radici culturali e spirituali dell'Europa.* Milano: Raffaello Cortina.
- Riendeau, N. (2014). *The legendary past. Michael Oakeshott on imagination and political identity.* La Vergne: Inprint Academy.
- Rodrik, D. (2019). *Dirla tutta sul mercato globale.* Torino: Einaudi.
- Rosanvallon, P. (2020). *Le siecle du populisme.* Paris: Seuil.
- Scruton, R. (2012). *Il bisogno di nazione.* Firenze: Casa Editrice Le Lettere.
- Smith, N. (11 June 2006). There's no such thing as a natural disaster. <https://items.ssrc.org/understanding-katrina/theres-no-such-thing-as-a-natural-disaster/>

Streeck, W. (2013). *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*. Milano: Feltrinelli.

Sumption, J. (6 April 2020). *Se continua così la cura sarà la minaccia più pericolosa per l'umanità*. Milano: Finanza.

Sumption, J. (May 2020). The lockdown is without doubt the greatest interference with personal liberty in our history. AIER, 9 May 2020. Available at <https://www.aier.org/article/lord-sumption-the-lockdown-is-without-doubt-the-greatest-interference-with-personal-liberty-in-our-history/>

Temin, P. (2017). *The vanishing class*. Cambridge, Ma: Mit Press.

Tucker, P. (2018). *Unelected power*. Princeton: Princeton University Press.

UN Office for Disaster Risk Reduction (UNISDR). *Terminology on disaster risk reduction*. Geneva: UNISDR.

Zuboff, S. (2019). *The age of surveillance capitalism*. London: Profile Books.

El coronavirus en el derecho de daños: responsabilidad civil por daños causados en relación con la pandemia del COVID-19

Albert Ruda¹

Universidad de Girona

¹ Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación I+D+I DER2016-77229-R, del Ministerio de Economía y Competitividad, del que el autor es uno de los IP (albert.ruda@udg.edu).

El coronavirus o COVID-19 ha causado una desgracia humana de proporciones extraordinarias. Una vez pasada la primera fase, de gestión de la crisis sanitaria, comienza otra, en la que se pueden analizar las razones por las cuales se ha producido dicha crisis. A pesar de que la pandemia típicamente constituye un suceso inevitable, que puede ser subsumible en el concepto de fuerza mayor, pueden haber ocurrido algunos episodios en los que los daños, o su agravación, sean imputables a la conducta de personas determinadas, sean particulares y empresas o autoridades públicas. Dada la trascendencia y seriedad de los daños, se anuncian ya acciones tanto civiles como penales, y en España se ha dictado ya una primera sentencia condenatoria de una administración pública. Este trabajo analiza, pues, los principales escenarios en los que cabe plantearse la responsabilidad extracontractual por daños derivados del COVID-19.

1. Introducción

La infección por el virus COVID-19, también conocido popularmente como coronavirus, ha puesto sobre la mesa múltiples cuestiones jurídicas, a las que la responsabilidad civil no es ajena. Comprensiblemente, la actividad pública durante la crisis se ha dirigido a resolver las cuestiones urgentes en asuntos tales como la seguridad o la sanidad públicas, el impacto de la pandemia sobre los contratos en vigor o la protección social. Sin embargo, más tarde o más temprano entra en juego una fase diferente de la mera gestión, cual es la del análisis retrospectivo de lo que se hizo, de cómo se hizo, qué daños se generaron con ello, y qué responsabilidades se derivan de todo lo anterior, no solo en el marco de las relaciones contractuales que estaban pendientes durante esta grave crisis,² sino también fuera o al margen de ellas. La indemnización de los daños extracontractuales queda, pues, para un momento posterior, como si se tratase de una espoleta retardada.³

2 Puede verse, en clave comparada, el conjunto de trabajos publicado en la *Revista de Derecho Civil*, N.º 2, 2020. En: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/issue/view/45/showToc>. También, véase Carlos Gómez Ligüerre, «Fuerza mayor». *InDret*, N.º 2, 2020, 1-11. En: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/04/01-Carlos-G%C3%B3mez-Lig%C3%BCerre.pdf>

3 La metáfora es de José Esteve Pardo, «Política y derecho en la incertidumbre». *La Vanguardia*, 6.5.2020. En: <https://www.lavanguardia.com/opinion/20200506/48992806587/politica-derecho-incertidumbre.html>

Los escenarios concretos que requieren una lectura en esta clave son también diversos y seguramente es todavía pronto para examinarlos de modo exhaustivo —e incluso para simplemente enumerarlos—. A lo sumo se puede aspirar a elaborar un catálogo muy tentativo y provisional de los daños que pueden dar lugar a reclamación en breve.⁴ En este trabajo se ofrece por ello una primera aproximación aquiliana a ese virus y sus consecuencias. Los supuestos de hecho a los que se puede hacer referencia son al menos los siguientes. En primer lugar, cabe plantearse cuál ha sido el papel o actuación de los poderes públicos. Más concretamente, hay que referirse a los tres poderes clásicos conforme a la tripartición de Montesquieu: poder legislativo —responsabilidad del Estado legislador—, poder ejecutivo —gestión de la crisis por el Gobierno, incluyendo la intromisión en la intimidad de los ciudadanos y la protección de datos; responsabilidad hospitalaria, en el caso de la sanidad pública—; y poder judicial —acceso a los tribunales y posible denegación de justicia—. Ocupa un lugar especial la autorización de eventos públicos por la Administración, como se va a ver unas líneas más abajo. Paralelamente, conviene referirse a la posible responsabilidad de los sujetos privados. Nuevamente, hay que hacer alusión a diversos planos o situaciones: responsabilidad profesional de los médicos y hospitales por tratamientos negligentes o discriminación prohibida de pacientes; responsabilidad por el contagio y fallecimientos de ancianos en residencias o asilos; contagio doloso o negligente de una persona a otra, por ejemplo en el caso de incumplimiento de las restricciones a la movilidad de las personas —del que son ejemplo las fugas de pacientes de hospitales al conocer que habían dado positivo—.⁵ O el contagio producido en el marco de la ejecución de una relación contractual (que por definición sale del ámbito extracontractual, obviamente). A este respecto, es preciso hacer referencia al deber de cumplir con determinadas medidas de seguridad en el trabajo, impuestas por el derecho laboral. Ello se extiende también al personal al servicio de las Administraciones públicas, entre los cuales la pandemia ha tenido una notable incidencia. En efecto, el hecho de que el personal sanitario haya tenido que ocuparse de los pacientes sin el equipamiento necesario, al menos al principio de todo, parece que propició un buen número de contagios. En un segundo momento, cuando la población en su conjunto ya estaba confinada, los hospitales y residencias se convirtieron en focos de contagio por sí mismos,⁶ hasta el punto de erigirse en el principal foco.⁷

4 Un enfoque parecido, en Holanda, lo adopta Cees Van Dam, «Corona en potentiële aansprakelijkheidsclaims». *Verzekeringsrecht Aansprakelijkheid Schade en Toezicht (VAST)*, 15.5.2020. <https://www.vast-online.nl/art/3753/corona-en-potentiele-aansprakelijkheidsclaims>

5 Por ejemplo, véase *La Vanguardia*, «Un paciente de coronavirus escapa del Hospital Josep Trueta con la vía aún puesta», 17.4.2020. <https://www.lavanguardia.com/local/girona/20200417/48573683995/paciente-coronavirus-escapa-hospital-girona-trueta-via.html>

6 Puede verse Oriol Güell, «Residencias y hospitales concentran los nuevos contagios por coronavirus». *El País*, 11.4.2020. En: <https://elpais.com/sociedad/2020-04-10/residencias-de-mayores-y-hospitales-acaparan-la-mayoria-de-nuevos-contagios-del-coronavirus.html>

7 Puede verse Borja Negrete, «Coronavirus: los hospitales son ahora el “principal foco de contagio”». *Redacción Médica*, 30.4.2020. En: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/ministerio-sanidad/coronavirus-los-hospitales-son-ahora-el-principal-foco-de-contagio--4493>

Además, es sabido que algunos casos de contagio se han producido a través de personas que habían dado positivo en los análisis correspondientes, por ejemplo, al asistir a un evento festivo —como la celebración de un aniversario— o al desplazarse en un medio de transporte colectivo como puede ser un avión. Ello plantea la aplicabilidad de las normas generales de responsabilidad civil pero también regímenes especiales de la misma. Por ejemplo, las compañías aéreas están llamadas a aplicar protocolos específicos en caso de viajeros sospechosos de estar enfermos,⁸ y además su responsabilidad es objetiva si el daño deriva de la navegación aérea en el sentido legal, pero este no es el tipo de accidente de aviación en el que la ley está pensando, como luego se verá. También conviene referirse a la responsabilidad por productos defectuosos, en el caso de que un producto produzca el contagio. Además, cabe analizar la responsabilidad de los llamados intermediarios de Internet. En particular, sería oportuno referirse a los llamados portales o redes sociales, en los que se ha publicado información no siempre correcta —las llamadas *fake news*— sobre el COVID-19 y la crisis consiguiente.⁹ Finalmente, es necesario referirse a la posible aplicabilidad de las normas de responsabilidad por inmisiones.

Lógicamente, no puede tratarse en un *paper* breve y apresurado como este toda la rica problemática expuesta, que daría para un extenso tratado por sí misma. En particular, quedan fuera de este trabajo problemas que si bien tienen un gran interés desbordarían su objeto. Así, no se va a acometer aquí el análisis de la responsabilidad internacional de los Estados, por ejemplo, en relación con una hipotética reclamación contra China por una supuesta mala gestión de la crisis, una omisión del deber de informar u otros problemas relacionados con el origen de la pandemia.¹⁰ Tampoco se va a estudiar aquí el papel de la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con una posible dilación o no en la declaración de la pandemia misma. Finalmente, se dejan fuera del objeto de este trabajo las especificidades del seguro, al que solo se va a hacer alguna referencia específica. Conviene aclarar que en este trabajo no se defiende que la responsabilidad civil sea el instrumento único para solucionar los quebrantos ocasionados por el COVID-19. Sin duda, tiene también un papel que jugar el derecho público, y concretamente en países como España ya se han puesto en marcha mecanismos de solidaridad —como la renta mínima— ajenos a la responsabilidad.¹¹

8 Puede verse Beatriz Treceño Madrid, «¿Qué debe hacer la tripulación de un avión si un pasajero parece infectado por coronavirus?». *Expansión*, 28.3.2020. En: <https://www.expansion.com/economia/2020/02/28/5e57eebd468aebf57d8b45aa.html>

9 Puede verse ahora, en clave penal, Luis De Las Heras Vives, «Las fake news ante el derecho penal español». *Idibe*, 2020. En: <https://idibe.org/tribuna/las-fake-news-ante-derecho-penal-espanol>

10 Puede verse Rodrigo Tena Arregui, «¿Debería responder China por los daños ocasionados por el COVID-19?». *Hay Derecho*, 26.3.2020. En: <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/26/deberia-responder-china-por-los-danos-ocasionados-por-el-covid-19/>

11 Para la propuesta de mutualizar el riesgo del coronavirus, puede verse José Antonio Herce & Miguel Ángel Herce, «Un gran seguro social frente a la COVID-19». *Revista de Libros*, 3.6.2020. En: <https://www.revistadelibros.com/blogs/una-buena-sociedad/un-gran-seguro-social-frente-a-la-covid-19>

2. Daños causados en relación con el COVID-19

Así pues, el abanico de los posibles daños derivados del COVID-19 es muy amplio, de modo coherente con la gran variedad de escenarios a los que se ha hecho referencia. Fundamentalmente se está hablando de daños patrimoniales y extrapatrimoniales —o morales—. Los daños patrimoniales se derivan en primer lugar del cierre de actividades como consecuencia de las medidas imperativas adoptadas por los Gobiernos en el marco de la crisis. Dicho cierre ha afectado a todo tipo de negocios, excepto a aquellos que se han considerado esenciales, como se va a ver. Así, mientras que una tienda de alimentación se ha podido ver afectada por un leve descenso en el nivel de las ventas, otros tipos de negocios —como la restauración o la hostelería— se han visto sujetos a un parón total, en ocasiones *manu militari*.

En efecto, en España la pandemia dio pie al Gobierno para decretar el estado de alarma,¹² una situación excepcional prevista en la Constitución¹³ (artículo 116) y desarrollada por una ley orgánica (LO).¹⁴ Conforme a esta última norma, procede la declaración del estado de alarma «cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes» (artículo 1.1 LOEAES). Se trata de un estado en el que el Gobierno puede imponer una serie de medidas coercitivas, siempre y cuando resulten «estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad» (artículo 1.2). Además de este requisito de necesidad, es aplicable también el de proporcionalidad, ya que las medidas tienen que ser aplicadas «de forma proporcionada a las circunstancias» (artículo 1.2 *in fine*). El supuesto de hecho del estado de alarma, tal como está previsto en la legislación española, se cumplía claramente. En particular, la LO citada incluye entre las circunstancias que permiten dicha declaración las «Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves» (artículo 4.b). Por ello, la declaración del estado de alarma el pasado 14 de marzo no ha sido prácticamente discutida o puesta en cuestión.¹⁵

Ello puede sorprender, al menos a primera vista, ya que si bien otros países de nuestro entorno han declarado estados equivalentes en fechas muy próximas entre sí —como el estado de urgencia sanitaria (*état d'urgence sanitaire*) en el caso de

12 Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (Boletín Oficial del Estado [BOE] N.º 67, de 14.3.2020).

13 Constitución Española (BOE N.º 311, de 29.12.1978). En: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> (en adelante, CE).

14 Artículo 119 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (BOE N.º 134, de 5.6.1981). En: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1981-12774> (en adelante, LOEAES).

15 Véase Miguel Ángel Presno Linera, «Estado de alarma y sociedad del riesgo global». En Elena Atienza Macías & Juan F. Rodríguez Ayuso (Dirs.), *Las respuestas del derecho a las crisis de salud pública*. Madrid: Dykinson, 2020, 15-28, p. 23. Sí ha habido quien ha sugerido que incluso hacía falta ir más allá y declarar el estado de excepción. Sobre ello (aunque en contra de tal opción), Joaquín Sarrión Esteve, «Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en ese mismo volumen, 29-46, p. 42.

Francia,¹⁶ el 23 de marzo, o el estado de emergencia (*stato di emergenza*) en Italia, el 31 de enero¹⁷—, otros no han adoptado medidas comparables. Descolla el ejemplo de Alemania, donde la Federación (*Bund*) no activó el estado de emergencia, pero sí lo ha hecho alguno de sus estados federados como Baviera. No obstante, Alemania sí que ha puesto en marcha mecanismos equivalentes conforme a la legislación sobre la protección contra las infecciones,¹⁸ convenientemente actualizada en marzo¹⁹ y en mayo²⁰ de este año, de modo que lo importante no es tanto la declaración del estado de emergencia, alarma o similar, cuanto las medidas coercitivas efectivamente afectadas.²¹ Y otros países, como Reino Unido²² o Suecia,²³ donde inicialmente no se adoptaron medidas, lo han acabado haciendo, como es sabido.

Otro tema es el de hasta cuándo resulta realmente necesario mantener dicha declaración de estado de alarma o similar. En España, por ejemplo, el Gobierno ha manifestado su intención de que dicho estado se mantenga hasta el regreso a la «normalidad».²⁴ Seguramente, el mantenimiento más allá de lo estrictamente necesari-

16 *Loi N.º 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19* (*Journal Officiel de la République Française* [JORF] N.º 0134 du 2.6.2020). En : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041746313&categorieLien=id>. Ha sido desarrollada por normativa inferior: Décret N.º 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire () y Décret n.º 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire. De manera resumida, sobre esta normativa, puede verse Service-Public.fr, L'état d'urgence sanitaire en pratique, 12.5.2020. En: <https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A14013>

17 *Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020, Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili* (*Gazzetta Ufficiale* [GU] n. 26 del 1-2-2020). Dicho estado está regulado con carácter general en la *Legge 24 febbraio 1992, n. 225, Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile* (GU n. 64 del 17.3.1992 - Suppl. Ordinario n. 54). El BOE ha recopilado esta y otra normativa convenientemente en el volumen *Crisis sanitaria COVID-19. Normativa italiana*, Madrid: BOE, 2020. En: https://boe.es/biblioteca_juridica/codigos/covid19/normativa_italiana.pdf

18 *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG)* vom 20. Juli 2000 (*Bundesgesetzblatt* [BGBl] I S. 1045). En: <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg>

19 *Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite* (COVIFSGAnpG) vom 27. März 2020 (*BGBl. I S. 587*). En: http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl120s0587.pdf

20 *Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19. Mai 2020* (*BGBl. I S. 1018*). En: http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl120s1018.pdf

21 Puede verse la página de la Autoridad Federal para la Declaración Sanitaria (*Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung*). En: <https://www.infektionsschutz.de/coronavirus>

22 Concretamente, la *Coronavirus Act 2020* (2020 c. 7). En: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/7/contents>. Para Escocia, la *Coronavirus (Scotland) Act 2020* (2020 asp 7). En: <https://www.legislation.gov.uk/asp/2020/7/contents>. Esta y otra normativa puede encontrarse en *Legislation.gov.uk, Coronavirus Legislation*. En: <https://www.legislation.gov.uk/coronavirus>

23 La llamada «estrategia» del Gobierno sueco se encuentra en su página web: *Regeringskansliet, Regeringens arbete med anledning av nya coronaviruset*. En: <https://www.regeringen.se/regeringens-politik/regeringens-arbete-med-anledning-av-nya-coronaviruset/>

24 Véase *Europa Press*, 9.5.2020. En: < <https://www.europapress.es/nacional/noticia-sanchez-dice-estado-alarma-necesidad-debe-mantenerse-alcance-normalidad-20200509153826.html>>.

rio supondría una restricción contraria a la norma y podría dar pie a la responsabilidad del Estado. Las medidas incluyen la limitación de la circulación o permanencia de las personas o vehículos, o la impartición de órdenes para asegurar el abastecimiento del mercado, entre otras (artículo 11 LOEAES). Se trata de lo que se ha dado lugar en llamar el «confinamiento», en virtud del cual la libertad de circulación de los ciudadanos se ha visto afectada durante ya casi tres meses. Concretamente, el Real Decreto 463/2020 —antes referido— permite la ocupación de fábricas o las requisas de bienes y prohíbe que se lleven a cabo ciertas actividades empresariales como las de hostelería, como en parte se ha señalado ya. De resultas de ello, se ha paralizado el comercio, de tal modo que las pérdidas económicas resultan sin duda millonarias en su conjunto y amenazan la existencia de muchos negocios. Además del cierre de locales, la limitación de la circulación de las personas también tiene un impacto evidente sobre el parón económico. Cabría incluso poner en duda si realmente tal confinamiento era necesario y si venía amparado por la legislación, pues de otro modo el Gobierno podría haber vulnerado derechos fundamentales sin una base legal clara.²⁵ Sin necesidad ahora de entrar en más detalle, sí conviene recordar que, como resulta lógico, el incumplimiento de —o resistencia a— las medidas adoptadas por el Gobierno en el marco del estado de alarma constituye un ilícito sancionable conforme a lo dispuesto por el derecho público (artículo 10.1 LOEAES). Por ello, las fuerzas de la autoridad han actuado durante la pandemia para cerrar locales de negocio de restauración, hoteles o similares. Así pues, la industria y el comercio han experimentado unas pérdidas colosales, por el hecho de ver paralizada su actividad, en muchos casos de modo completo. Aunque son muchas las empresas que han despedido a sus trabajadores, o han llevado a cabo expedientes de regulación de empleo (ERTE), estas medidas no siempre han paliado del todo las pérdidas ocasionadas por la pandemia. Por ejemplo, muchos negocios soportan costes fijos a pesar de que la actividad esté paralizada, por ejemplo primas de seguros, cuotas de arrendamiento de cosas o un *renting* de equipamiento, impuestos, etcétera. De este modo, cabe referirse a las dos vertientes clásicas del daño patrimonial: el daño emergente (gastos ocasionados por la pandemia) y el lucro cesante (disminución o incluso inexistencia de ingresos durante el estado de alarma). Se trata de daños que la Administración tiene que compensar si se entiende que la medida en cuestión es expropiatoria,²⁶ como lo es por ejemplo la requisa de un bien, así como también cuando el bien se destruye o sufre un «detrimento efectivo». Cuando simplemente se cierran coercitivamente bares o restaurantes —dado que pueden ser lugar donde ocurran contagios y por tanto peligrosos—, la limitación de la actividad se hace en pos del interés público y, por tanto, habría buenas razones para trasladar ese daño del particular afectado a la colectividad.²⁷ En este sentido, el derecho alemán, lejos de ser una curiosidad erudita, tiene un gran interés, ya que la Ley de protección contra las infecciones, allí vigente, prevé expresamente la compensación por ex-

25 En esa línea, puede verse Presno, «Estado de alarma y sociedad del riesgo global», *op. cit.*, p. 26.

26 Artículo 120 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa (BOE N.º 351, de 17.12.1954).

27 Véase Doménech, «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 107.

propiación (*Enteignungsentschädigung*) por las medidas consistentes en requisas, o que impliquen la destrucción de bienes, u otras medidas que disminuyan el valor de los mismos (§ 65 IfSG). La doctrina considera que la norma puede extenderse a otros supuestos de daños sufridos como consecuencia de las medidas de lucha contra los riesgos, con respecto a los cuales haya analogía.²⁸ En ese sentido, para la doctrina hay buenas razones para considerar que la paralización de la actividad comercial, deportiva o cultural, así como de la restauración y la hostelería, ha supuesto una intromisión en la actividad comercial que tiene naturaleza expropiatoria.²⁹ No siendo eso suficiente, en marzo se modificó la citada ley para añadir el derecho a una indemnización a las personas en activo (*erwerbstätig*) que han tenido que hacerse cargo del cuidado de niños —menores de 12 años o impedidos (*behindert*) y necesitados de ayuda— a consecuencia del cierre de escuelas y otros centros (nuevo § 56.1.a IfSG). Pero la norma se interpreta restrictivamente y, aunque beneficie a asalariados y autónomos, no incluye por ejemplo el daño sufrido por el empresario que tiene que seguir pagando los sueldos correspondientes.³⁰

Además, puede que se hayan echado a perder algunas inversiones. Por ejemplo, en el sector de la restauración la paralización de la actividad ha comportado que parte de los productos adquiridos para ofrecer a los clientes —piénsese en los productos de temporada, por ejemplo— hayan caducado en el ínterin. Como anécdota, el autor de este trabajo no pudo consumir el refresco de su elección en un bar tras diversos meses de confinamiento, dado que el camarero le informó de que había caducado (un riesgo general de la vida para el consumidor, pero un daño para el comerciante). Nos encontramos nuevamente ante un daño emergente. Parecidamente, la interrupción en el llamado curso escolar puede tener consecuencias difíciles de prever en el futuro. Por ejemplo, es previsible que una parte de las personas que estudiaban música o idiomas extranjeros abandonen definitivamente sus estudios como consecuencia del parón a la actividad presencial durante el confinamiento, lo que representa nuevamente una pérdida de ingresos para las academias o profesores afectados. Entre los daños morales, cabe referirse a la afectación de derechos e intereses de las víctimas que tienen su reflejo o corolario en la esfera espiritual o inmaterial. Concretamente, habría que tener en cuenta los nervios, la angustia, el malestar, la depresión, derivados de la lesión de los derechos e intereses de las víctimas.³¹ La persona infectada negligentemente sufre evidentemente un daño moral. Además, tal vez podría considerarse como tal el daño del familiar privado de la posibilidad de acompañar al enfermo en sus últimas horas,³² si bien

28 Thomas Winter & Sophie Charlotte Thürk, «Entschädigungsansprüche». En Hubert Schmidt (Hrsg.), *COVID-19. Rechtsfragen zur Corona-Krise*. München, Beck, 2020, 623-660, p. 633.

29 Véase Winter & Thürk, «Entschädigungsansprüche», *op. cit.*, p. 639. Como tal expropiación, la compensación (justiprecio, que no verdadera indemnización) debida es limitada y no alcanza al daño total.

30 Véase Winter & Thürk, «Entschädigungsansprüche», *op. cit.*, pp. 629-630.

31 Véase Fernando Gómez Pomar & Ignacio Marín García (Dirs.), *El daño moral y su cuantificación*. (2.ª edición). Barcelona: Bosch, 2017, para un tratamiento detenido de ese tipo de daño.

32 O la desinformación negligente sobre el fallecimiento mismo. Puede verse Jose I. Ruiz de Palacios Villaverde, «Responsabilidad patrimonial de la Administración y contagio de COVID-19». *Lefebvre. El Derecho.com*, 30.4.2020. En: <https://elderecho.com/responsabilidad-patrimonial-la-administracion-contagio-covid-19>

en una situación de confinamiento bien podría considerarse un riesgo general y por tanto no imputable objetivamente al hospital o autoridad sanitaria. También sufre daños de este tipo una persona que se ve obligada a someterse a una cuarentena por haber estado expuesta al riesgo de contagio, por ejemplo, durante un viaje en avión, a causa de la negligencia del sujeto infectado. La pérdida de un familiar o ser querido como consecuencia de la infección también genera típicamente daños de ese tipo. Piénsese en el caso de los familiares de personas que fueron consideradas menos prioritarias en el tratamiento en el momento de mayor gravedad de la crisis sanitaria, pero que se podrían haber salvado si hubiesen existido más medios, o si el proceso de triaje (*triage*) médico —como se denomina— hubiese concluido en un sentido diferente.³³ Pero, al menos desde el *Corpus hippocraticum* (s. V a.C.), no resulta nada nuevo para los médicos el tener que escoger entre los pacientes con más o menos esperanzas de curación en situaciones críticas.³⁴ De hecho, las estrecheces de la financiación de la sanidad pública si acaso han agravado la necesidad de la priorización.³⁵ En cualquier caso, es evidente el daño moral derivado de ser infectado negligentemente y tener que pasar la enfermedad, que en ocasiones se ha convertido en un auténtico calvario.

4. Responsabilidades extracontractuales

4.1 Responsabilidad de la Administración Pública

Los regímenes de responsabilidad civil, extracontractual o aquiliana que están llamados a entrar en funcionamiento en el escenario actual son múltiples. Ello es así porque no existe un régimen legal específico sobre esta materia.

No solo no existe un régimen legal *ad hoc*, sino que además nos enfrentamos a una materia novedosa y laberíntica. Para la *terra ignota* del coronavirus difícilmente sirven los mapas que los *tort law experts* han ido elaborando con motivo de otros daños. Por desgracia —o tal vez habría que decir por fortuna, por no haber sido nunca tan necesario como ahora— no disponemos de un derecho de los desastres extracontractuales sólido y elaborado sino, a lo sumo, de algunas incursiones atrevidas y solitarias.³⁶ Ni siquiera fuera de la ley, en el llamado derecho pretorio, resulta fácil encontrar una guía segura, dada la ausencia de casos análogos, resueltos por

33 Su necesidad deriva de la escasez de los recursos sanitarios. Puede verse Íñigo De Miguel Beriain, «Triaje en tiempos de pandemia». En Atienza/Rodríguez, *Las respuestas del derecho...*, *op. cit.*, 229-241, p. 233. También, desde el punto de vista italiano, Valerio Rotondo, «La decisión clínica en una situación de pandemia». *Idibe*, 2020. En: <https://idibe.org/tribuna/la-decision-clinica-una-situacion-pandemia/>

34 Véase el Libro I, N.º 25, de los *Tratados hipocráticos. V. Epidemias*. Madrid: Gredos, 2008, p. 77.

35 Puede verse Federico de Montalvo Jääskeläinen & Vicente Bellver Capella, «La bioética en los tiempos del coronavirus». En Atienza/Rodríguez, *Las respuestas del derecho...*, *op. cit.*, 243-264, p. 247.

36 Como señala el juez Posner, el derecho está centrado en los casos judiciales y al no haber normalmente casos de catástrofes se trata de un conjunto de problemas que ha pasado más bien desapercibido (Richard A. Posner, *Catastrophe. Risk and Response*. New York: Oxford University Press, 2014, p. vi).

los tribunales, en que basarnos.³⁷ En cualquier caso, parece posible distinguir dos apartados, según que lo que se discuta sea la responsabilidad de las autoridades públicas (Administración) o de los sujetos privados. A este respecto, resulta pertinente traer a colación los «Principios sobre la crisis del COVID-19», elaborados por el *European Law Institute*.³⁸ Este texto prevé para la responsabilidad de las autoridades públicas que se apliquen las mismas reglas ya existentes (Principio número 14.3). En cambio, para la responsabilidad de otros sujetos sí que prevé una adaptación, a la que se hará referencia en el apartado siguiente.

En el derecho español, las administraciones públicas están sujetas a un régimen de responsabilidad que prescinde de la culpa, al menos en la teoría. Conforme a la legislación especial,³⁹ se trata, pues, de una responsabilidad objetiva, que incluye los daños causados tanto por el funcionamiento normal como por el anormal de la Administración (artículo 32.1 LRSP).⁴⁰ Lógicamente, esta se exonera si el daño se debe a fuerza mayor (artículo 32.1), así como también, y esto es importante por lo que luego se verá, si se trata de «que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley» (artículo 32.1 *in fine*). Así pues, la responsabilidad de la Administración, usualmente —aunque incorrectamente⁴¹— llamada «responsabilidad patrimonial», prescinde de la culpa, pero no del nexo de causalidad, que pasa así a convertirse en el elemento clave del análisis. De un modo parecido, en el derecho alemán se considera que el hecho de que haya habido medidas específicas para combatir la crisis —a las que ya se ha hecho referencia— no excluye la aplicabilidad de las normas generales de responsabilidad de la Administración⁴² (particularmente, el artículo 34 de la Constitución alemana y el parágrafo § 839 del Código Civil alemán [BGB]).⁴³

En el derecho español al menos, el nexo causal entre el daño y el funcionamiento de la Administración no hace falta que sea ni directo ni exclusivo,⁴⁴ pero sí queda

37 Parecidamente, en relación con la responsabilidad de la Administración, véase Gabriel Doménech Pascual, «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19». *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, N.º 86-87, 2020, 102-109, p. 105. En: https://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=540889&info=open_link_ejemplar

38 European Law Institute, *ELI Principles for the Covid-19 Crisis*, 2020. En: https://www.european-lawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf

39 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE, N.º 236, de 2/10/2015) (en adelante, LRJSP).

40 Los aspectos procedimentales de dicha responsabilidad se regulan en ley aparte: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (BOE N.º 236, de 2.10.2015).

41 Puede verse, en perspectiva crítica, Fernando Pantaleón Prieto, «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas». *Documentación Administrativa*, N.º 237-238, 1994, pp. 237 ss. En: <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5354>

42 Véase Winter & Thürk, «Entschädigungsansprüche», *op. cit.*, pp. 643 ss.

43 *Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. März 2020 (BGBl. I S. 541) geändert worden ist.*

44 Véase por todos Luis Martín Rebollo, «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones». *Revista de Administración Pública*, N.º 150, 1999, 317-372, p. 346. En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17461.pdf>

excluido en caso de fuerza mayor. Aunque esta última no se defina en sede de responsabilidad extracontractual, sí que se concreta en materia de contratos públicos, mediante una enumeración de supuestos típicos como incendios, terremotos, guerras, etcétera.⁴⁵ Aunque la relación de causalidad se erige, pues, en una condición requerida para que entre en juego la responsabilidad de la Administración, tanto si el funcionamiento de aquella es normal como si es anormal, en este segundo supuesto la prueba del citado nexo puede resultar más fácil, dado que los tribunales se inclinan a favor de que se presuma el nexo causal.⁴⁶ De ahí que pueda ser importante establecer si hubo actuación delictiva, en cuyo caso el carácter anormal del funcionamiento sería claro.

La fuerza mayor va a ser con toda probabilidad el socorrido escudo con el que la Administración pretenda defenderse de las demandas de responsabilidad. El hecho de que la pandemia se deba a un virus sobre el origen del cual existe aún controversia, o que esta se extienda al mejor modo de actuación frente a él, así como la circunstancia de que se ha ido comprendiendo mejor al virus mismo sobre la marcha desde un punto de vista médico y científico, pueden dar pie a que la fuerza mayor se convierta en el protagonista de muchos procesos de responsabilidad. Sin embargo, resulta obvio que este no puede servir de excusa ante conductas inapropiadas de la Administración, ya que incluso en un marco de incertidumbre se podrá convenir en tipos de conductas que resultaron inadecuadas, porque agravaron los riesgos y se materializaron en daños, o crearon otros.⁴⁷ Concretamente, ya existe una primera sentencia judicial condenatoria de la Administración, la de un Juzgado de lo Social de Teruel,⁴⁸ por no haber proporcionado EPI adecuados a los trabajadores y empleados públicos.

De hecho, como consecuencia de la declaración de estado de alarma, ha sido el Gobierno de España el que ha tomado las riendas de la gestión de la cosa pública durante la crisis, lo que resulta muy importante en un Estado de tipo autonómico como el español. Así pues, en materia sanitaria ha sido el Ministerio de Sanidad el que ha tenido bajo sus órdenes a las autoridades competentes en esa materia. Dada la distribución territorial de las competencias en condiciones normales, se ha dado la circunstancia de que otras autoridades, de carácter regional, han seguido adoptando decisiones en materia sanitaria —en especial en Cataluña, donde se ha mantenido una conflictividad especialmente intensa sobre este punto, dentro del clima de confrontación política preexistente a la pandemia—. Como quiera que sea, las Administraciones han asumido, por ejemplo, el tratamiento de datos personales de

45 Artículo 239.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE N.º 272, de 9/11/2017). En este mismo volumen, puede verse el trabajo de Carmen Jerez, María Kubica y quien esto escribe.

46 Puede verse Jesús Ernesto Peces Morate, «La responsabilidad administrativa. El nexo causal. Últimas orientaciones jurisprudenciales». *Cuadernos de Derecho Local*, 2005, N.º 8, 75-83, pp. 75 ss.; también puede consultarse en: http://seminari.fmc.cat/ARXIU/autors04_05/Abril_03.pdf

47 Parecidamente, Doménech, «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 105.

48 Sentencia del Juzgado de lo Social Único de Teruel N.º 60/2020, de 3.6.2020. En: https://www.ecestaticos.com/file/94084ac2e260b417deb52f736f89bd15/1591264981-4_5965289418968270572.pdf

los ciudadanos —con la colaboración de las operadoras de telefonía— con el pretexto de poder combatir mejor la pandemia. Y si ese tratamiento se hiciese de modo inadecuado —*v. gr.*, por tratarse los datos en contra de los principios legales, como la proporcionalidad⁴⁹— podría dar lugar a las responsabilidades correspondientes.

La Ley también tiene en cuenta la posibilidad de que el daño derive de la «gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas» (artículo 33.1 LRSP). Dado que en este supuesto difícilmente cabe hablar de una actuación «conjunta» en el sentido legal —dada la posible falta de un plan o una actuación de consuno entre las distintas administraciones—, habría que fijar la responsabilidad de cada una (conforme al artículo 33.2 LRSP). Tal distribución «se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención» (artículo 33.2 LRSP). Así, por ejemplo, en el caso de las residencias de ancianos en las que se ha producido un número significativo de fallecimientos,⁵⁰ o bien respecto de la gestión de los hospitales públicos, habría que examinar cuál ha sido la actuación de cada una de las administraciones en juego.⁵¹ Con ese fin, se ha constituido al menos una organización de víctimas, la llamada plataforma «Afectados Coronavirus».⁵² En la Comunidad Autónoma de Cataluña, en el noreste de España, ya se han anunciado las primeras demandas judiciales contra el Gobierno regional por no haber impedido que el virus se propagase en las residencias de ancianos.⁵³ Si no es posible realizar tal distribución entre Administraciones, la responsabilidad de estas será solidaria (artículo 33.2 *in fine* LRSP).

El daño indemnizable conforme a dicho régimen legal tiene que «ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas» (artículo 32.2). Se trata de requisitos que seguramente se cumplen en la mayoría de los escenarios que se están comentando si nos referimos a daños especiales, distintos de los generales que toda pandemia y el subsiguiente estado de alarma necesariamente causa a la generalidad de la ciudadanía.⁵⁴

En particular, cabe referirse a las personas a las que parece que la pandemia ha afectado más, además de los ancianos y sus familiares, que son los profesionales sanitarios. En España, como en otros países de su entorno, existe un marco legal dirigido a proteger a los trabajadores y otro personal al servicio de la Administración. Concretamente, hay que referirse a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de

49 Sobre ello, puede verse Juan Francisco Rodríguez-Ayuso, «Cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos personales en estado de alarma por parte de las administraciones públicas». En Atienza/Rodríguez, *Las respuestas del derecho...*, *op. cit.*, 89-106.

50 En una sola residencia en Barcelona murieron 57 ancianos, según la prensa.

51 Ello podría incluir el retraso en la intervención pública en alguna residencia. Por ejemplo, en una en Ullastrell (Barcelona) el Departamento de Salud asumió la gestión de la residencia, de titularidad privada, tras perder en ella la vida doce ancianos por el virus.

52 En: <https://afectadoscoronavirus.org>

53 Puede verse Rosalina Moreno, «“Afectados Coronavirus” anuncia la primera demanda contra la Generalitat de Cataluña por su gestión en la crisis de la pandemia». *Confílegal* 21.5.2020. En: <https://confilegal.com/20200521-afectados-coronavirus-anuncia-la-primera-demanda-contra-la-generalitat-de-cataluna-por-su-gestion-en-la-tesis-de-la-pandemia/>. La primera demanda anunciada solicita la suma de 150.000 € por la muerte de una señora mayor en una residencia en Barcelona.

54 Véase Doménech, «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p. 106.

Prevención de Riesgos Laborales⁵⁵ (en adelante, LPRL). En sintonía con su nombre, la ley obliga a adoptar medidas preventivas de riesgos de daños derivados del trabajo (artículo 4.2), lo que incluye las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del mismo (artículo 4.3). Dadas las consecuencias conocidas del coronavirus, este tendría la consideración de «riesgo laboral grave e inminente» (artículo 4.4).⁵⁶ En el caso del coronavirus, se ha dado en hablar de los llamados «equipos de protección individual» (EPI), que incluyen elementos tales como guantes, ropa de protección o mascarillas. En el caso de los profesionales sanitarios en España, ha sido el Ministerio de Sanidad el que ha determinado qué EPI debe usar cada uno de ellos.⁵⁷

Dicho marco legal resulta aplicable con independencia del carácter laboral o funcionario de la relación que une a la persona con la Administración, así como también en las relaciones laborales propias del sector privado (artículo 3.1). La policía, o las fuerzas armadas o de seguridad, quedan fuera del ámbito de aplicación de dicha normativa, dadas las particularidades de sus funciones (artículo 3.2, párrafo 1º), si bien su normativa específica debe inspirarse en aquella (artículo 3.2 último párrafo). Sin ánimo de exhaustividad, cabe referirse a la normativa aplicable a la policía⁵⁸ o a las fuerzas militares.⁵⁹ Pues bien, en diversas ocasiones durante la pandemia estos colectivos se han manifestado en tono quejoso sobre la ausencia de EPI para desarrollar sus funciones, en un momento en el que se veían particularmente expuestos al riesgo. Incluso el Tribunal Superior de Justicia de Madrid llegó a requerir al Ministerio de Interior, del que dependen dichos cuerpos de seguridad, para que dotase de EPI al sindicato mayoritario de Policía para que los entregase a los agentes.⁶⁰ Así pues, salvo que la ausencia de EPIS pueda atribuirse a fuerza mayor, la Administración podría considerarse responsable en las circunstancias descritas. También cabría plantearse la posible responsabilidad de la Administración por haber suministrado EPI defectuosas, razón por la cual los sindicatos médicos se querellaron contra los responsables del Ministerio de Sanidad⁶¹ —aparte de la responsabilidad del propio

55 BOE N.º 269, de 10.11.1995.

56 Por tal se entiende el riesgo «que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores» (artículo 4.4 *in fine*).

57 En el momento de redactar este trabajo, el último documento disponible es: Ministerio de Sanidad. Gobierno de España, Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2, 22.5.2020. En: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/PrevencionRRL_COVID-19.pdf

58 Real Decreto 2/2006, de 16 de enero, por el que se establecen normas sobre prevención de riesgos laborales en la actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (BOE N.º 14, de 17.1.2006).

59 Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa (BOE N.º 16, de 16.1.2008).

60 Auto del TSJM de 28.3.2020. Europa Press, 28.3.2020. En: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-tsjm-requiere-interior-dote-epis-sindicato-mayoritario-policia-no-fija-plazo-20200328111615.html>; Agencia EFE, 28.3.2020. En: <https://www.efe.com/efe/espana/politica/el-tsj-de-madrid-obliga-a-dar-epis-sindicato-jupol-para-entregar-agentes/10002-4207293>

61 Confederación Estatal de Sindicatos Médicos (CESM), CESM se querrela contra el Ministerio de Sanidad por las mascarillas defectuosas, 23.4.2020. En: <http://www.cesm.org/2020/04/23/cesm-se-querrela-contra-el-ministerio-de-sanidad-por-las-mascarillas-defectuosas/>

productor—. Esta última responsabilidad es objetiva (artículo 135 de la Ley de consumidores [TRLGDCU]),⁶² pero el nexo causal puede ser difícil de probar. Si no se identificase al productor, podría responder el proveedor (artículo 138.2 TRLGDCU), así como también si este suministró el producto conociendo el defecto (artículo 146 TRLGDCU), que en este caso es una Administración. En cambio, más dudoso es que pueda reclamar la persona que, con ocasión de la visita a un hospital, se infecta de COVID-19. Se trata de las comúnmente denominadas infecciones intrahospitalarias o nosocomiales,⁶³ esto es, aquellas que se producen con la mera ocasión del ingreso o entrada en el hospital. Una característica de dichas infecciones es que en ocasiones resultan imposibles de evitar.⁶⁴ Por ello, la jurisprudencia ha señalado que las infecciones hospitalarias por sí solas no dan lugar al derecho a la indemnización, sino que puede tratarse, nuevamente, de una fuerza mayor.⁶⁵ Sin embargo, conviene examinar cuál ha sido la conducta del hospital en cuestión. En la práctica, se ha llegado a invertir la carga de la prueba (*onus probandi*) en relación con las medidas de asepsia apropiadas, siempre y cuando el reclamante aporte algún principio de prueba en ese sentido.⁶⁶ Habrá que ver, pues, si la infección por COVID-19 se acaba incardinando en la práctica judicial entre las infecciones nosocomiales y se considera como fuerza mayor, o más bien se pone el acento en la escasez de medios o medidas adoptadas por los hospitales públicos donde haya ocurrido la infección —suponiendo que ese nexo causal pueda establecerse—. Faltará ver, en concreto, si la ausencia de medios —concretamente, los aparatos llamados «respiradores»— se considerará como un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración y, por ende, generador de la responsabilidad de esta.⁶⁷ También se ha planteado la posible responsabilidad por la autorización de actos multitudinarios. Entre los distintos actos celebrados, cabe referirse, por la notoriedad que han logrado con posterioridad, un concierto de la tonadillera Isabel Pantoja y un partido de fútbol entre el Atlético de Madrid y el Sevilla, el 7 de marzo; el día siguiente, un mitin del partido político de ultraderecha Vox y, especialmente, una manifestación feminista por el Día de la Mujer. Recuérdese que el estado de alarma se declaró con fecha 14 de marzo.

62 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE N.º 287, de 30.11.2007).

63 Se habla también de Infecciones Relacionadas con la Atención Sanitaria (IRAS).

64 Puede verse Ian Pérez López, «Infecciones hospitalarias: ciencia, pacientes y tribunales». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013, N.º 8, 209-227, p. 227. En: <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/3540/Infecciones%20hospitalarias%2C%20ciencia%2C%20pacientes%20y%20tribunales.pdf>

65 Puede verse Pablo Salvador Coderch & Sonia Ramos González (Coords.), «150 casos de derecho de daños (2004-2014)». *InDret*, 2015, N.º 4, 1-188, p. 73. En: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1192_es.pdf, con más referencias.

66 En esta línea, puede verse Comisión Jurídica Asesora, *Memoria y análisis de doctrina. 2015*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2017, p. 124. En: http://cja.gencat.cat/web/.content/continguts/ambits_actuacio/Publicacions/Doctrina_per_materies/Responsabilitat-patrimonial/responsabilidad-patrimonial-infecciones-nosocomiales-2015-ES.pdf

67 Así lo sugiere Ruiz de Palacios, «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.* En la misma línea, en el derecho italiano, Stefania Giova, «Infezione da COVID 2019 e responsabilità della struttura sanitaria». *Idibe*, 2020. En: <https://idibe.org/tribuna/infezione-da-covid-2019-e-responsabilita-della-struttura-sanitaria/>

El ejercicio de dicha actividad de autorización se ha convertido en un objeto arrojado en la crítica al Gobierno por parte de la oposición. Existe un debate acalorado sobre si realmente el haber permitido dichos eventos contribuyó o no a que aumentase el número de víctimas. Un artículo periodístico publicado con pseudónimo defendió que no,⁶⁸ pero abundan las acusaciones en sentido contrario. En el plano jurídico, la crítica dio lugar a una primera denuncia penal contra el presidente del Gobierno y los delegados del Gobierno en las diferentes Comunidades Autónomas, planteada ante el Juzgado de instrucción número 51 de Madrid. Concretamente, la denuncia atribuía a los sujetos indicados un delito de prevaricación administrativa (artículo 404 del Código Penal español)⁶⁹ [CP], solo o en concurso junto con un delito de lesiones por imprudencia profesional grave (artículo 152.1 CP), por haber «autorizado» hasta 77 reuniones multitudinarias con posterioridad a la publicación de un informe europeo⁷⁰ en el que se recomendaba lo contrario.

Dicho juzgado dictó un primer auto en el que señaló que de los 19 denunciados, solo podía enjuiciar a uno (el delegado del Gobierno en Madrid), dado que el presidente es aforado —y por tanto solo el Tribunal Supremo, Sala Penal, puede juzgarle—, y para los demás la competencia territorial correspondía a los juzgados de fuera de Madrid. Pocos días después, el 25 de marzo, la jueza titular, señora Carmen Rodríguez-Medel,⁷¹ descartó la existencia de un nexo causal entre el acudir a una concentración multitudinaria y los contagios por el COVID-19. Sobre esa base, la decisión judicial retira la imputación por delito de lesiones por imprudencia profesional contra el delegado del Gobierno de Madrid —aunque, sorprendentemente, mantiene la investigación por la prevaricación, a la que se ha hecho referencia—.⁷² Finalmente, el caso ha sido archivado el 15 del mismo mes.

68 Puede verse Miguel Lacambra, «¿Ha influido el 8-M en el incremento de los casos de Covid-19?». *La Marea*, 25.3.2020. En: <https://www.lamarea.com/2020/03/25/ha-influido-el-8-m-en-el-incremento-de-los-casos-de-covid-19/>. La especulación sobre la verdadera identidad del supuesto autor fue tan intensa que llegó a convertirse en *trending topic* en las redes. Puede verse Jordi Pérez Colomé, «Yo soy Miguel Lacambra». *El País*, 28.3.2020. En: <https://elpais.com/tecnologia/2020-03-27/yo-soy-miguel-lacambra.html>

69 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE N.º 281, de 24/11/1995).

70 Lo emitió el Centro Europeo para el control y prevención de enfermedades (*European Centre for Disease Prevention and Control* [ECDC]), con fecha 2.3.2020. Véase ECDC, «Rapid risk assessment: outbreak of novel coronavirus disease 2019 (COVID-19): increased transmission globally – fifth update». En: <https://www.ecdc.europa.eu/en/publications-data/rapid-risk-assessment-outbreak-novel-coronavirus-disease-2019-covid-19-increased>. Otros informes de dicho centro en relación con el COVID-19 se encuentran online: <https://www.ecdc.europa.eu/en/coronavirus/guidance-and-technical-reports>

71 Puede verse Redacción Médica, «Coronavirus: una juez no ve relación entre el 8M y el aumento de contagios», 20.4.2020. En: <https://www.redaccionmedica.com/secciones/derecho/coronavirus-una-juez-no-ve-relacion-entre-el-8m-y-el-aumento-de-contagios-3944>

72 Ya la denuncia misma no podía ser más disparatada, pues en el derecho español las manifestaciones no están sujetas al requisito de la autorización previa: artículo 3.1 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión (BOE N.º 170, de 18/7/1983). Véase Javier Pérez Royo, «¿Prevaricación administrativa o ignorancia judicial?». *El Diario.es*, 26.5.2020. En: https://www.eldiario.es/contracorriente/prevaricacion-omision_6_1031406866.html y Aixa Gálvez Jiménez, «Celebración de actos multitudinarios y crisis sanitaria del COVID-19: análisis desde una perspectiva penal», en Aienza/Rodríguez, *Las respuestas del derecho...*, *op. cit.*, 211-227, p. 227.

Aunque aquí y ahora no procede entrar en el análisis estrictamente jurídico-penal del caso —que desborda los confines civilísticos de este trabajo—, sí conviene señalar que el hecho de que existan procesos penales sobre toda esta problemática es fundamental también para la responsabilidad civil, dado que, conforme al derecho español, el responsable penalmente lo es también civilmente por los daños causados (artículo 116.1 CP). El debate parece que se centra especialmente sobre la existencia no solo de culpa, sino incluso de dolo, en su variante de dolo eventual.⁷³ Lo que sucede es que en el derecho español, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de ordenamientos, la responsabilidad civil por daños causados por hechos constitutivos de delito no se regula por las normas generales de responsabilidad civil por culpa establecidas en el Código Civil (artículo 1902 y siguientes), sino por las del Código Penal (conforme al artículo 1092 CC). Y en el caso de las Administraciones Públicas, se ha dicho ya que hay un régimen específico (artículo 32 ss. LRSP) en el que la existencia de culpa o dolo no es necesaria, en principio. Con todo, parte de la doctrina sostiene la existencia de ese dolo eventual también respecto de esta última.⁷⁴

Que exista culpa o dolo de la Administración no es del todo irrelevante, como la lectura de la ley podría dar a entender. En efecto, la responsabilidad de la Administración en España se ha construido tradicionalmente sobre una especie de dogma⁷⁵—el de la responsabilidad objetiva— que queda desmentido a diario, cada vez que los tribunales indagan cuál fue la conducta concreta de la Administración en el caso particular y acaban fundamentando la eventual condena en la atribución de culpa. Así pues, aunque el *law in the books* reza que la responsabilidad patrimonial es objetiva, el *law in action* muestra claramente que en España la Administración responde solo por culpa. También en el derecho alemán la responsabilidad del funcionario presupone la culpa (§ 839 BGB). Y en ese sentido, habrá que tener en cuenta que lo que puede constituir culpa en un entorno de normalidad no necesariamente lo es en medio de una pandemia gravísima como la que estamos viviendo colectivamente. En concreto, la decisión en un entorno de dificultad e incerteza parece que permite un margen mayor para entender que la conducta se ajustó a la diligencia exigible —al menos, mientras un tribunal no establezca lo que se tenga que hacer—.⁷⁶

73 A favor de esto último, puede verse el trabajo de un civilista, Mariano Yzquierdo, «Sobre el auto del Juzgado de Instrucción nº 51 de Madrid de 20 de marzo de 2020: ¿imprudencia punible o más bien dolo eventual?». *Hay Derecho*, 31.3.2020. En: <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/31/sobre-el-auto-del-juzgado-de-instruccion-no-51-de-madrid-de-20-de-marzo-de-2020-imprudencia-punible-o-mas-bien-dolo-eventual/>

74 Puede verse Francisco García-Ortells, «La responsabilidad patrimonial de la Administración pública y el COVID-19: entre la imprudencia y el dolo eventual». *Hay Derecho*, 2020. En: <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/10/la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-publica-y-el-covid-19-entre-la-imprudencia-y-el-dolo-eventual/>

75 De «mito» habla Gabriel Doménech Pascual, «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?». *Revista de Administración Pública*, 2010, N.º 183, 179-231, p. 202. En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3359721.pdf>

76 Véase Winter / Thürk, «Entschädigungsansprüche», *op. cit.*, p. 655.

Ahora bien: cabe suponer que la mayoría de daños atribuibles *lato sensu* a la Administración Pública se deban no a una acción u omisión concreta sino a la mera aplicación de la normativa excepcional, dictada específicamente en relación con la pandemia. De este modo, no es que se trate de una conducta de la Administración que cause un daño a un ciudadano, sino que nos encontramos ante una normativa que ya de por sí supone la afectación de derechos individuales y que de ahí se siguen unos detrimentos o perjuicios para los ciudadanos.

A este respecto, la legislación española prevé que la responsabilidad de la Administración se excluye si el ciudadano tiene «el deber de soportar» el daño. Así, en la norma general de responsabilidad de la Administración se dispone que la responsabilidad existe «salvo en los casos [...] de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley» (artículo 32.1 LRSP). Parecidamente, cuando se trate de daños causados por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos, la responsabilidad tampoco existirá si los particulares no tienen «el deber jurídico de soportar cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen» (artículo 32.3 I LRSP). Por si no había quedado claro, la ley vuelve a insistir en la idea al definir el daño indemnizable, y prevé que «Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley» (artículo 34.1 I LRSP). Obviamente, se trata de una afirmación tautológica o circular, y lo verdaderamente importante es cuándo existe ese supuesto «deber de soportar». Ello no siempre está claro; a menudo es una cuestión de interpretación, y obliga a tomar en consideración el ordenamiento en su conjunto, pues de él depende que se imponga al particular, por ejemplo, un sacrificio.⁷⁷ Aunque la inseguridad que dicho enfoque implica es evidente, parece que hay tal sacrificio cuando una norma impone una obligación al particular en cuestión. Este es precisamente el escenario que se ha producido en la pandemia, ya que la declaración de estado de alarma se ha articulado mediante una serie de medidas coercitivas, a las que ya se ha hecho referencia en parte. Cuando una norma jurídica impone al perjudicado el deber de soportar ciertos daños, hay quien entiende que queda excluida la antijuricidad⁷⁸ y por ende la responsabilidad, y también quien cuestiona el requisito de la antijuricidad mismo.⁷⁹ Pero, sea como fuere, el caso es que si una norma obliga al particular a asumir un sacrificio, este no podrá reclamar ese daño a la Administración, sino que tendrá que pechar con él. Además, respecto de muchas de las medidas adoptadas por el Gobierno, afectan más o menos por igual a toda la ciudadanía (por ejemplo,

77 Véase Juan Antonio Carrillo Donaire, Emilio Guichot Reina & Francisco López Menudo, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Valladolid: Lex Nova, 2005, p. 72.

78 Así, Javier Fuentes Abril, «La responsabilidad patrimonial de la Administración (análisis jurisprudencial)». *Noticias Jurídicas*, 2009. En: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4458-la-responsabilidad-patrimonial-de-la-administracion-analisis-jurisprudencial/>

79 Puede verse sobre la antijuricidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual, «Sobre la antijuricidad como requisito para la responsabilidad de la Administración por daño extracontractual». *Almacén de Derecho*, 2019. En: <https://almacendederecho.org/sobre-la-antijuricidad-como-requisito-para-la-responsabilidad-de-la-administracion-por-dano-extracontractual/>

el cierre de negocios, salvo los esenciales), de modo que podría parecer más cuestionable —desde el punto de vista del principio de igualdad ante las cargas públicas, al que suele referirse en materia de responsabilidad de la Administración (y al que en cierto sentido alude también el Principio número 15 del ELI)— que alguien pueda alegar que sufre un daño distinto de los demás.

Cuestión distinta sería que con el tiempo alguna de las medidas se acabase declarando inconstitucional, lo que podría dar lugar a responsabilidad de la Administración o incluso la llamada responsabilidad del Estado legislador.⁸⁰

Con todo, sucede que puede en realidad distinguirse entre los negocios afectados por el cierre o *lock down* y otros que han podido continuar su actividad. En efecto, los llamados «esenciales» no se han visto afectados del mismo modo por la pandemia, ya que han podido seguir abriendo. Así pues, la igualdad ante las cargas públicas quiebra respecto de aquellos negocios que han tenido que cerrar, frente a los que no. A estos últimos, el cierre —incluso el meramente temporal— no solo les supone una pérdida de ingresos, sino en muchos casos incluso una auténtica amenaza existencial, como ya se ha dicho. Por ello, su posición de víctima tiene un plus o un carácter distintivo respecto de la colectividad. En esa línea, se consideran en el derecho alemán como una víctima especial (*ein besonderer Opfer*) y por tanto una víctima particular (*Sonderopfer*), lo que justificaría que reciban una compensación por sus pérdidas.⁸¹ El razonamiento es trasladable, *mutatis mutandis*, a otros sistemas, y concretamente al español. Se trataría de medidas compensatorias del sacrificio expropiatorio que sufren esos negocios en beneficio de la protección de los intereses de la colectividad. A quien se impone un sacrificio patrimonial para salvar la vida de otro hay que compensarle de algún modo —la idea de trasfondo, que recuerda a la del estado de necesidad, es que quien se sacrifica lo hace por el bien de la comunidad—.

3.2 Responsabilidad de los sujetos privados

El otro tipo de responsabilidad al que se va a hacer referencia aquí es el de los sujetos privados, esto es, la llamada responsabilidad civil o extracontractual clásica. La regla de partida es muy parecida en los distintos sistemas. En los de tipo latino, se parte de una cláusula general de responsabilidad subjetiva o por culpa (artículo 1902 CC). Conviene entonces comprobar en cada caso si existe un daño, nexo causal, y culpa o negligencia. El daño en la mayoría de casos podrá demostrarse. Tómese por ejemplo el caso de una persona que enferma a consecuencia del contagio por otra. Los daños pueden afectar a su salud o incluso a su vida, y lógicamente pueden tener una repercusión sobre su patrimonio. Ese contagio puede suceder con ocasión del contacto entre personas que se produce al saltarse una de ellas las restricciones del

80 Puede verse María Consuelo Alonso García & Eric Leiva Ramírez, «La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador». *Revista de Derecho del Estado*, 2012, N.º 29, 145-173, p. 145, para una perspectiva comparada; también, para el derecho español, Eduardo García de Enterría, *La responsabilidad patrimonial del estado legislador en el derecho español*. Madrid: Thomson, 2007.

81 Así Winter & Thürk, «Entschädigungsansprüche», *op. cit.*, p. 647.

confinamiento. En el caso de España, como seguramente en otros países, se cuentan por miles las denuncias administrativas por haber desacatado las medidas del estado de alarma referentes a la suspensión de la libertad de circulación.⁸² Aunque el daño puede dar lugar al deber de indemnizar haya o no infracción administrativa, el dato da una idea de la cantidad de supuestos a que se puede estar haciendo referencia en un país latino, de una observancia de la ley llamémosla relativa (España siempre fue país de pícaros) y muy acostumbrado a salir a la calle.

En cambio, el nexo causal se va a erigir en muchos casos en un obstáculo más difícil de superar. Habría que demostrar que la otra persona causó el daño. Con independencia del enfoque que se adopte en este punto, dada la disparidad de teorías que suelen manejarse en los distintos sistemas —e incluso en el mismo⁸³— cabe suponer que la víctima no siempre podrá atribuir el daño causalmente al demandado. Ello es así porque puede haber otros factores que hayan contribuido causalmente al daño. Por ejemplo, en el caso de la participación en una manifestación pública, es posible que uno de los manifestantes haya contagiado a los demás; sin embargo, aun supuesto que pueda identificarse a la otra persona, el contagio puede haberse producido por la influencia de un tercero, incluso asintomático. La dificultad de la prueba, en la que tendrá que intervenir un médico forense en el caso del proceso penal actualmente en marcha,⁸⁴ salta a la vista. Así pues, habría que plantearse si se puede facilitar la prueba del nexo causal de algún modo. La jurisprudencia de los distintos países europeos ha sabido hacerlo en ocasiones anteriores con otros tipos de casos, y no se ve por qué tendría que dejar de hacerlo ahora. Por ejemplo, cabría preguntarse si se puede considerar probado dicho nexo por presunciones, la inversión de la carga de la prueba, la causalidad alternativa, o si se puede aplicar la llamada responsabilidad proporcional.⁸⁵ En el derecho alemán la doctrina⁸⁶ alude a la posibilidad de aplicar las facilitaciones probatorias previstas por la legislación procesal civil (§ 287 de la Ordenanza del Proceso Civil [ZPO]).⁸⁷ En particular en lo referente al derecho español, la aplicación de ese tipo de presunciones no es desconocida al derecho de la responsabilidad civil, en escenarios de incertidumbre causal.⁸⁸ En algunos supuestos, incluso está prevista legalmente, como sucede en la

82 Puede verse sobre ello Emilio José Armaza Armaza, «Sobre la idoneidad de las herramientas penales para la protección de la salud pública ante la quiebra de las medidas de confinamiento por parte de personas portadoras de una enfermedad infecciosa grave». En Atienza/Rodríguez, *Las respuestas del Derecho...*, *op. cit.*, 187-210, p. 189.

83 Véase por todos Pablo Salvador Coderch & Antonio Fernández Crende, «Causalidad y responsabilidad». (3.ª edición). *InDret*, 2006, N.º 1, 1-27 <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/329_es.pdf>, y allí más referencias.

84 Puede verse Gálvez, «Celebración de actos multitudinarios...», *op. cit.*, p. 225.

85 Así, para el derecho de daños holandés, Van Dam, «Corona...», *op. cit.*

86 Véase Winter & Thürk, «Entschädigungsansprüche», *op. cit.*, p. 659.

87 *Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2633) geändert worden ist.*

88 Puede verse Virginia Múrtula Lafuente, «Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil». *InDret*, 2006, N.º 2, 1-28, pp. 15 ss. En: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/351_es.pdf

responsabilidad ambiental.⁸⁹ En el ámbito de la responsabilidad administrativa, hay quien sugiere que se puede resolver la incertidumbre mediante el expediente de la pérdida de la oportunidad (*loss of a chance*), en el sentido de hacer responder a la Administración en proporción al porcentaje en que incrementó el riesgo de que la víctima sufrió el daño.⁹⁰ Sin embargo, conviene no perder de vista que las soluciones proporcionales pueden quebrar con la lógica interna de un sistema basado en la atribución de la responsabilidad sobre la base del «todo o nada».⁹¹

Ello no excluye la aplicabilidad de mecanismos de facilitación probatoria. En el caso de personas que han dado positivo en un *test* de COVID-19 y que a pesar de ello —y de la admonición facultativa para que no lo hiciese— han viajado en un avión, de tal modo que han expuesto a los otros pasajeros al riesgo de contagio,⁹² parece posible entender que existe una probabilidad elevada de que dicho contagio se haya producido, que podría, según las circunstancias, facilitar la prueba del nexo causal. También cabría plantearse la responsabilidad de la compañía aérea. La Ley sobre Navegación Aérea⁹³ somete a un régimen de responsabilidad objetiva los *accidentes* de navegación aérea (artículo 119 ss.), pero fundamentalmente piensa en casos de colisiones o caída de aparatos y objetos.⁹⁴ A efectos de seguro, parece dudoso que el riesgo de contagio pueda considerarse un riesgo «propio de la navegación» (artículo 123 LNA). Tal vez habría que recurrir a la idea de incumplimiento de deberes de seguridad en el contrato (*ex* artículos 1101 y 1258 CC) o a la normativa protectora de los consumidores, el derecho a la salud o a la seguridad de los cuales (artículo 8 TRLGDCU) puede verse afectado. En todo caso, puede haber escenarios sorprendentes. Ante la causación del daño por un miembro indeterminado de un grupo, la solución judicial consiste normalmente en hacerlos responder a todos solidariamente. En el caso de una manifestación, habría que dirigirse contra el organizador, pues no cabe demandar a todos los manifestantes. Empero, la ley española, al regular la responsabilidad por los daños causados en una manifestación, piensa en el caso de daños a terceros (artículo 4.3 de la LO 9/1983, antes citada), no de

89 Puede verse Albert Ruda González, *El daño ecológico puro*. Cizur menor: Thomson Aranzadi, 2007, p. 337.

90 Así Doménech, «Responsabilidad patrimonial...», *op. cit.*, p.106. Más ampliamente, Luis Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*. Madrid: Civitas, 2018, p. 84.

91 Puede verse Albert Ruda González, «La responsabilidad por cuota de mercado a juicio», . *InDret*, N.º 3, 2003, núm. 3, 1-34, p. 1. En: https://indret.com/wp-content/uploads/2007/06/147_es.pdf

92 Véase el suceso relatado por Lanzarote Ahora, un viajero de un vuelo procedente de Madrid con destino a Lanzarote da positivo por coronavirus. *El Diario.es*, 29.5.2020. En: https://www.eldiario.es/canariasahora/lanzaroteahora/viajero-procedente-Madrid-positivo-coronavirus-Lanzarote_0_1032397468.html

93 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (BOE N.º 176, de 23.7.1960), en la redacción resultante de la Ley 5/2010, de 17 de marzo, por la que se modifica la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea (BOE N.º 67, de 18.3.2010).

94 En realidad, la LNA prevé dos regímenes: uno objetivo (artículo 120), y otro por dolo o culpa grave (artículo 121), pero no está pensando en un supuesto de hecho como el aquí analizado. Puede verse, sobre dicha ley, Pablo Salvador Coderch & Sonia Ramos González (Coords.), «100 casos de derecho de daños (2004-2009)». *InDret*, 2010, N.º 4, 1-123, p. 82. En https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/777_es.pdf

daños de unos manifestantes a otros, que podrían quedar así regulados por las normas generales de responsabilidad (artículo 1902 ss. CC), a menos que se sostenga la responsabilidad del organizador por analogía (artículo 4 CC).

La culpa también puede constituir un problema aparte. Generalmente se considera que actúa culposamente quien no previó lo previsible, conforme a un estándar razonable, llamado en muchos sistemas el buen padre de familia (en España, artículo 1104 CC). La culpa sigue siendo el punto de partida en el derecho español de la responsabilidad civil, donde la jurisprudencia ha ido evolucionando, a modo de vaivén, y tras una larga tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad, ha vuelto a poner a la culpa en el centro del sistema.⁹⁵

Lo que es previsible en el caso del coronavirus resulta muy difícil de determinar. Una pandemia, considerada en abstracto, no es en absoluto imprevisible. Los científicos llevan años advirtiendo de este riesgo, y desde luego ha habido numerosas y terribles epidemias a lo largo de la historia. No hace mucho, el juez Posner señaló que «no puede excluirse la posibilidad de que aparezca un virus de la gripe aún más letal que el de la pandemia de 1918-19 algún día y mate a mucha gente».⁹⁶ Más dudoso es que sea previsible en su configuración y características concretas. Nadie podía imaginar las proporciones que esta pandemia efectivamente ha alcanzado.⁹⁷ Además, toda epidemia tiene algo de inesperado por definición. Etimológicamente, la voz *epidemia*, que significa en realidad la llegada o estancia en un lugar, denota el viaje del médico al extranjero, y por ende implica el pillarle de improviso.⁹⁸ Sin embargo, es posible que incluso las autoridades públicas llegasen a subestimar durante un tiempo la gravedad de la crisis que se avecinaba. Durante semanas, si no meses, se transmitió a la población la idea de que el coronavirus no era más que una especie de resfriado, o de menor seriedad que una gripe común. La Sentencia del Juzgado de lo Social de Teruel, antes referida, considera que la pandemia era previsible y que la Administración debió hacer acopio de material sanitario o EPI antes de lo que lo hizo. La acusación de que el Estado actuó solo cuando ya se habían producido las primeras infecciones no es exclusiva de España.⁹⁹ Ahora bien: con la ventaja de la retrospectiva resulta muy fácil señalar dónde se erró. En cambio, en puridad de términos ese sesgado modo de proceder no resulta correcto, o al menos no desde una perspectiva lógica o epistemológica.¹⁰⁰ En muchos casos, lo determinante no es si se *debió* haber previsto, sino si se *podía* efectivamente prever (y qué). Así pues, se ha sostenido que el Gobierno ha respondido de manera extemporánea

95 Véase Encarna Roca Trías, «El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español». *Indret*, 2009, N.º 4, 1-17. En: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/688_es.pdf

96 Posner, *Catastrophe*, *op. cit.*, p. 22.

97 Como señalan Sonia de Miguel Fernández & Juan Carlos Ruiz de la Roja, *Coronavirus. Prevención, pandemia y contención*. Madrid: Catarata, 2020, p. 121.

98 Véase Elsa García Novo, «Introducción», en *Tratados hipocráticos. V. Epidemias*. Madrid: Gredos, 2008, p. 8 (y la nota 1 de la p. 45).

99 Puede verse, para Alemania, Winter & Thürk, «Entschädigungsansprüche», *op. cit.*, p. 626.

100 Puede verse Ignacio Gomá Lanzón, «Pandemia, responsabilidades, falacias y sesgos». *Hay Derecho*, 2020. En: <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/10/pandemia-responsabilidades-falacias-y-sesgos>

ante la crisis¹⁰¹ y es previsible —valga la redundancia— que la sentencia de Teruel abra un camino que van a transitar muchos otros juzgados y tribunales de España. Con respecto a la culpa, los «Principios sobre la crisis del COVID-19», elaborados por el *ELI*, a los que antes se ha hecho referencia, establecen una adaptación digna de mención. Concretamente, se prevé que los profesionales médicos no tendrían que responder salvo en los casos de negligencia grave (*gross negligence*) (Principio número 14.1) —y ello sería aplicable también a los «otros profesionales y otros titulares de cargos públicos que tuvieron que tomar decisiones rápidas y difíciles directamente relacionadas con la crisis del COVID-19» (Principio N.º 14.2)—. La novedad de ese enfoque para el derecho español es que supone la reintroducción de la clásica tripartición de la culpa (*levissima, levis, gravis*), que es ajena ahora mismo al sistema general de responsabilidad (artículo 1902 CC). Además, introduce un distinguo entre la responsabilidad pública (a la que se deja intacta, conforme se ha visto en el apartado interior) y la de los sujetos privados. La disparidad de trato podría comportar que, por ejemplo, un médico de un hospital público fuese tratado de modo diferente en comparación con un médico de un hospital privado en un caso sustancialmente igual. Por ejemplo, en el derecho alemán el funcionario responde por culpa o dolo (§ 839 BGB), como ya se ha visto. En cambio, el principio citado dispone que el profesional médico respondería por culpa grave solamente. Incluso en el derecho español, donde la responsabilidad civil de la Administración es objetiva en principio, se exige en la práctica la culpa —como ya se ha expuesto— y, por tanto, el principio comporta también una diferencia difícilmente justificable en el trato. Si además se tiene presente que la culpa del funcionario puede ser muy difícil de probar,¹⁰² el problema puede agravarse. Con todo, el derecho regional regula en algunos casos la provisión de la atención médica de emergencia, en cuyo caso el médico mismo está exonerado.¹⁰³ A nadie se le escapa que la actuación de un médico en una emergencia no puede juzgarse igual que en circunstancias normales.

Precisamente por ello, cabe cuestionar si la adaptación en el caso del sector privado, prevista en los Principios, es necesaria. Conforme al derecho español, dado el canon de diligencia exigible, habría que ver qué habría hecho un buen profesional en las «circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» (artículo 1104 I CC). Por ende, el juez también consideraría la dificultad y rapidez con que se tuvo que decidir. Por ejemplo, un médico como norma general respondería si culposamente dejase de diagnosticar una enfermedad. Pero a nadie se le escapa la dificultad del diagnóstico de una enfermedad como la que se está refiriendo aquí. Por esa razón, no podría considerarse cualquier caso de error en el diagnóstico como una negli-

101 Así un informe elaborado por Blanco y Asociados Abogados (inédito, 2020), citado por Carlos Berbell, «Las decisiones del Gobierno para limitar la propagación del COVID-19 fueron extemporáneas». *Confilegal*, 27.5.2020. En: <https://confilegal.com/20200527-las-decisiones-del-gobierno-para-limitar-la-propagacion-del-covid-19-fueron-extemporaneas/>. El despacho en cuestión rechazó proporcionar una copia de dicho informe al autor de este trabajo (mensaje electrónico del 1.6.2020, en el archivo del mismo).

102 Como señalan Winter & Thürk, «Entschädigungsansprüche», *op. cit.*, p. 660.

103 Puede verse Erwin Deutsch & Hans-Jürgen Ahrens, *Deliktsrecht*, 6. Auf. München: Vahlen, 2014, p. 164.

gencia, sino que habría que examinar en cada caso qué tenía que haber sabido el médico y cómo tendría que haber actuado conforme a la *lex artis ad hoc*, en un entorno de conocimientos cambiantes —o, si se quiere, de incertidumbre—. ¹⁰⁴ Algo parecido es predicable respecto de otras intervenciones del médico, como puede ser el tratamiento, cuando todavía no se sabe cuál es el mejor, o más efectivo, o incluso el correcto. ¹⁰⁵ Por tanto, es probable que un juez español llegase a la misma solución que el Principio número 14 arriba citado, no mediante la reducción del canon o nivel de diligencia (solo se responde si se omitieron las precauciones más elementales) sino la aplicación de lo que hubiese hecho un buen profesional en esas mismas circunstancias. El Principio tampoco aporta nada a aquellos sistemas en los que el médico disfruta siempre del privilegio consistente en la exclusión de la responsabilidad por culpa leve —como al parecer es el caso del derecho peruano— (artículo 1762 del Código Civil). ¹⁰⁶

Por otro lado, también habría que tener en cuenta la posibilidad de considerar que en muchos casos el daño es imputable a la propia víctima. Así sucede por ejemplo cuando esta se ha desprotegido a sí misma o ha buscado la situación de peligro de un modo consciente. Así, podría argumentarse que la persona que asiste a una manifestación aunque sea en el inicio de la epidemia sabe que se expone a un cierto riesgo de contagio, e incluso puede que asuma ese riesgo de modo consciente. No se trata de equiparar el ejercicio del derecho fundamental de manifestación (artículo 21.2 CE) ¹⁰⁷ en una actividad riesgosa como tal, como podría ser un deporte peligroso, ¹⁰⁸ pero es evidente que cuando ya han comenzado los contagios y existen regiones del mundo con millones de personas confinadas —y miles de enfermos en el propio país— una persona medianamente razonable evitaría asistir a un evento multitudinario, o al menos adoptaría medidas de autoprotección que no siempre se adoptaron en el caso concreto. El riesgo de contagiarse de una enfermedad que se transmite por el aire, en una manifestación en la que las mascarillas y otras EPI brillaron por su ausencia, puede considerarse un riesgo permitido o al menos asumido. ¹⁰⁹

104 Parecidamente, puede verse, para el derecho italiano, Luca Oliveri, «Responsabilità medica e COVID-19: prime impressioni». *Idibe*, 2020. En: <https://idibe.org/tribuna/responsabilita-medica-e-covid-19-prime-impressioni/>

105 Ante la falta de un tratamiento directo con eficacia demostrada, se utilizan los relativos a otras enfermedades infecciosas. Puede verse de Miguel & Ruiz, *Coronavirus, op. cit.*, p. 71.

106 El privilegio, aplicable cuando una «prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad», es cuestionado por parte de la doctrina. Puede verse al respecto Carlos Antonio Agurto González & Sonia Lidia Quequejana Mamani, *Derecho privado, persona y responsabilidad civil*. Santiago de Chile: Olejnik, 2019, p. 134.

107 Se desarrolla en la ya referida Ley Orgánica 9/1983.

108 A este respecto, puede verse José Piñeiro Salguero, «Accidentes deportivos: lesiones consentidas. Análisis de la doctrina de la asunción del riesgo en la responsabilidad civil en el deporte». *InDret*, N.º 3, 2005, 1-46. En: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/297_es.pdf

109 Sobre algunos de esos riesgos en la jurisprudencia española, puede verse Pablo Salvador Coderch & Juan Antonio Ruiz, «Riesgo, responsabilidad objetiva y negligencia». *InDret*, 2002, N.º 2, 1-4. En: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/085_es.pdf

**Un primer análisis sobre los instrumentos
para intervenir en los contratos en tiempos de
COVID-19**

Fernando Gómez Pomar

Universitat Pompeu Fabra

Uría Menéndez

La emergencia sanitaria asociada al COVID-19 está tensando en muchos países la vida familiar, social y económica. También está poniendo a prueba la capacidad de resistencia de los contratos y la solidez y sensatez del derecho que los gobierna.

De forma explicable, el duro impacto económico de muchas de las medidas adoptadas para combatir la expansión del contagio y dar margen de maniobra al sistema sanitario, junto a las perspectivas sombrías de la recesión económica que se avecina, incentiva a los agentes económicos a pensar en cómo amortiguar las pérdidas sufridas o temidas. Una alternativa socorrida puede consistir en ensayar vías de trasladar —o de compartir, si se prefiere— las pérdidas actuales o esperadas sobre las contrapartes en las relaciones contractuales existentes.

Diversas vías de intervención sobre los contratos en vigor se ofrecen o se consideran en medio de nuestra sombría realidad de enorme alteración de la normalidad y de amenaza general y grave para nuestro bienestar económico y social. En este breve trabajo nos proponemos ofrecer algunas indicaciones acerca de cómo abordar adecuadamente el uso de los instrumentos que se pueden desplegar para minimizar el impacto negativo de la situación de emergencia de salud pública sobre el régimen y funcionamiento de los contratos. Nuestra guía de uso se basa en criterios que creemos bien contrastados jurídica y económicamente y que, además, trataremos de confirmar a la luz de la experiencia de lo que en España y otros países de nuestro entorno se ha acometido para afrontar las consecuencias del COVID-19 en el terreno contractual.

Consiste en un corto número de ideas para afrontar una crisis que, en el corto plazo, esencialmente supone un problema agudo y grave de liquidez para los agentes económicos, consumidores y empresas de todo tipo y en todas las posiciones de la cadena contractual. Por usar terminología contable, un extraordinario impacto negativo sobre la caja. Organizamos nuestra exposición en torno a ese reducido núcleo: (1) el carácter sistémico y de urgencia de las medidas que deben adoptarse; (2) la preferencia por una intervención simple, sin requisitos *ex ante* y que minimice los costes de transacción; (3) la extraordinaria importancia de segar de raíz una espiral de impagos que puede contagiar toda la economía; (4) los contratos como activos que debemos preservar y las medidas más adecuadas para ello; (5) los contratos «a medida» y cómo pueden confiarse a sus propios mecanismos de ajuste. Finalmente, concluimos con una llamada —optimista— a pensar cómo los contratos pueden servir a la recuperación que necesitaremos.

1. Para un problema macro y apremiante se necesitan respuestas macro y urgentes

La primera idea tiene que ver con la adecuación entre medios y fines: *para un problema sistémico y urgente, apliquemos medidas sistémicas y urgentes*. No medidas con efecto retardado y con el foco puesto en las características individuales de la relación. Es tiempo del derecho de la macroeconomía (Listokin, 2019), no de la micro.

Parece indudable que la pandemia, las medidas para combatirla y las consecuencias económicas de aquellas tienen carácter general, sistémico e inmediato. Por expresarlo en términos económicos, suponen un *shock* macro con efecto en el cortísimo plazo, fruto de un impacto de carácter súbito en el entramado contractual y económico de las sociedades más golpeadas por la emergencia —la nuestra entre ellas—. Es verdad que algunos sectores, actividades y personas van a percibir, al menos en el plazo más breve, un impacto nada más que ligero, un simple arañazo. Acaso incluso algún efecto positivo. Pero las ondas sísmicas de las caídas de oferta y demanda de bienes y servicios de muchísimas clases se están sintiendo con fuerza ya en casi todos los rincones del tejido económico.

Pues bien: para abordar un problema urgente y sistémico no podemos acudir a instrumentos cuyos efectos, por benéficos que puedan llegar a ser, no se harán sentir hasta dentro de meses o, tal vez, años. No hay tiempo para eso. Los efectos —aunque perfectibles— de las medidas que se adopten han de ser inmediatos. De lo contrario, serán sustancialmente inútiles para evitar la destrucción de valiosas relaciones contractuales y eficiente tejido productivo que puede caernos encima en muy corto plazo de tiempo. Con el fin de amortiguar los efectos negativos del impacto, es imprescindible que la protección esté disponible en seguida, no en el futuro. Menos aún en un futuro lejano, incierto y necesitado de una decisión que no cabe anticipar ni siquiera de forma aproximada en el horizonte inmediato.

Por otra parte, si millones de contratos se ven afectados, no podemos permitirnos acudir a instrumentos acompañados necesariamente de altos costes de administración y decisión para producir un resultado. Por eso no cabe encomendar de modo preferente a los tribunales de justicia la tarea de intervenir en el contrato —o solucionar los litigios que resulten de la decisión unilateral de un contratante de apartarse de lo pactado— para afrontar la emergencia general asociada al coronavirus. No solo porque no resolverán pronto, sino porque el coste por cada solución que consiga obtener será muy alto para las partes y para la sociedad en su conjunto. La intervención rápida en el entramado contractual no puede depender del resultado de millones de pleitos entre contratantes.

Y eso sería así aunque tuviéramos una administración de justicia bien dotada y no congestionada. Para nuestra desgracia, carecemos de ella, y nuestras son las culpas, no de otros. A lo más que, de forma realista, podemos aspirar en España es a un largo tiempo de espera antes de que, tras un proceso que dura unos minutos, un juez, sin tiempo apenas de haberse enterado de los datos relevantes del contrato y de las circunstancias del caso, haya de fijar la solución a un conflicto contractual que surgió hace meses, años acaso, por efecto de la emergencia del COVID-19. En

definitiva, la triste perspectiva de nuestra litigación masiva en materia de contratación financiera de consumo, pero multiplicada por no sabemos cuánto. No parece un escenario atrayente.

En suma, celeridad de respuesta y bajo coste por contrato, dado el número de casos y la urgencia del problema, están reñidas con la judicialización de las soluciones, al menos en lo inmediato.

Por eso creemos, con toda simpatía, que yerran aquellos que, sin duda cargados de buenas intenciones, confiesan desear encomendar la tarea presente a instrumentos generales, de perfiles imprecisos y necesitados de una decisión singular adaptada a las circunstancias de cada contrato en particular. En otras palabras, a la cláusula *rebus*. No es este, pensamos, un mecanismo útil en la emergencia actual. No lo es por su falta de inmediatez,¹ por lo impredecible del resultado, y por el coste global para el sistema judicial y la sociedad en su conjunto que supone sujetar cientos de miles, tal vez millones, de contratos a una incierta y lejana decisión judicial en la materia. La *rebus* no resulta factible, ni conveniente, para abordar eventos sistémicos y *shocks* macro que impactan de forma súbita una economía. Aún menos aquellos fenómenos que afectan a muchos, a casi todos, los contratos, pero no de forma simétrica, uniforme y fácilmente cuantificable.

Quien lo probó —Alemania— lo sabe. Ni siquiera allí donde se alumbró la versión moderna de la *rebus* —la desaparición de la base del negocio— y se cuenta con la jurisprudencia más sólida y nutrida, en el país desarrollado con un mayor gasto per cápita en administración de justicia, se ha confiado en la coyuntura actual en ese instrumento algo etéreo y necesariamente judicial. Han preferido establecer medidas especiales, urgentes —y temporales— de intervención en un ámbito amplio —pero no universal— de contratos.

En efecto, en Alemania la ley de 27.3.2020 ha aprobado medidas generales de adaptación de contratos en vigor a la emergencia. Allí se han introducido medidas de vario carácter: una moratoria de pagos en favor de consumidores y pymes especialmente afectados por la situación, una suspensión de resoluciones y desahucios de arrendamientos de inmuebles, tanto residenciales como comerciales, por impagos de renta debidos al COVID-19 y por las rentas hasta final de junio de 2020, así como aplazamientos legales y suspensión de vencimientos anticipados en créditos

1 En algunos sistemas jurídicos las previsiones legales sobre cláusula *rebus* y sus equivalentes funcionales (desaparición de la base del negocio, *hardship*, *imprévision*) se molestan en aclarar que la apelación a la *rebus* no autoriza la suspensión de las prestaciones mientras se renegocian los términos del contrato o se solicita al juez que realice la adaptación que merece el cambio de circunstancias. Así, el artículo 1195 del Code determina que la parte deudora que no aceptó el riesgo de un cambio imprevisible de las circunstancias «[...] peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation». En los principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales 2016 el artículo 6.2.3 (2) prevé en forma similar que la alegación no permite suspender la ejecución de las prestaciones. En otros sistemas jurídicos, aunque no se contempla específicamente la cuestión, es claro que si un contratante al alegar la *rebus* decide unilateralmente suspender su prestación, o reducirla en una cierta proporción, lo hace a su propio riesgo y a expensas del resultado de la renegociación y, si llega el caso —tal vez no infrecuente en estas situaciones de actuación unilateral—, de la decisión judicial.

a consumidores.² El § 313 BGB no se ha visto —con acierto y también con naturalidad— como solución efectiva en estos momentos.

2. Simplicidad y facilidad de ejecución

La segunda idea es fácil de expresar pero más difícil de cumplir: *keep things simple*. Los mecanismos de intervención deben poseer un diseño cuanto más sencillo mejor, ser fáciles y rápidos de implementar y venir acompañados de medidas concretas que minimicen los costes de transacción necesarios para que la intervención produzca efectos. Es preferible, dada la urgencia, hacer llegar la medida que se juzga necesaria a ciertos sujetos que no la precisan en realidad, que dejar fuera a un número apreciable de aquellos que de veras lo requieren para hacer frente a la emergencia. Desde luego, la complejidad de requisitos y de trámites está reñida con la simplificación, lo mismo que el énfasis en el control *ex ante* en lugar del control *ex post*.

No digamos ya la imposición de exigencias de formalización, documentación o registro. Es insólito que el legislador español, al aprobar mediante una medida legislativa³ una moratoria hipotecaria para deudores en situación de vulnerabilidad por causa de la pandemia, haya sido incapaz de prescindir de la intervención notarial y registral. Más aún cuando el RDL 11/2020 incorpora otras medidas dirigidas a apoyar a las familias y a los colectivos más vulnerables como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19 y establece también una moratoria para los contratos de crédito sin garantía hipotecaria.⁴ En relación con estos contratos, que no requieren documento público para su validez —aunque en ocasiones se celebran en póliza notarial—, ha llegado a intentar imponer también obligaciones de formalización costosas⁵ y no fáciles de satisfacer, máxime en estos momentos de confinamiento.

2 Sobre estas medidas, véase Schmidt-Kessel & Möllnitz (2020).

3 RDL 8/2020, con modificaciones por el RDL 11/2020 y el RDL 15/2020. La medida inicialmente prevista en el primer RDL se limitaba a los créditos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual, pero en el segundo de los RDL se amplía el ámbito objetivo de la moratoria para extenderlo a préstamos o créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria cuya finalidad sea la adquisición de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales que sufran una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída sustancial en su facturación de al menos un 40 %, así como a viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler para las que el deudor hipotecario persona física, propietario y arrendador de dichas viviendas, haya dejado de percibir la renta arrendaticia desde la entrada en vigor del estado de alarma o deje de percibirla hasta un mes después de la finalización del estado de alarma.

4 Su regulación, con alguna ligera variante, es esencialmente similar a la de la moratoria en los créditos hipotecarios y sigue la misma dinámica (definición de vulnerabilidad, solicitud, efectos, duración, etcétera).

5 La disposición adicional decimoquinta del RDL 15/2020 contiene esta previsión conducente a la documentación notarial de una moratoria legal en un contrato —el de crédito sin garantía hipotecaria— para el que no se exige tal documentación. Este mismo precepto, para los créditos hipotecarios y los que no lo son, contempla incluso el otorgamiento unilateral por el banco ante la elevada probabilidad de que el deudor, en estos tiempos de posible contagio, y que tiene ya por ley el aplazamiento que necesita para remediar su caída de ingresos, no acuda a la formalización notarial. Todo esto muestra una actitud claramente incompatible con las exigencias de celeridad, simplicidad y bajo coste en la implementación de las medidas. Pero en España seguimos viviendo en una cultura jurídica y política muy amante del formalismo.

3. Detener la propagación no solo del virus, sino también de los impagos por falta de liquidez

La tercera idea tiene que ver con *la importancia de atajar una posible espiral incontrolada de impagos*. En situaciones de caídas severas y súbitas de ingresos y facturación para familias y empresas existe un riesgo importante de que se genere una dinámica de impagos que se va extendiendo sin freno por el conjunto del entramado contractual y productivo: los clientes finales dejan de pagar a sus proveedores, estos a los suyos y así hasta el productor del menor de los *inputs* de un producto. Este proceso tiene una enorme capacidad destructiva de contratos que tienen valor para los contratantes y puede poner en serios apuros a una parte importante del tejido productivo de una economía. Las medidas de intervención sobre los contratos deben procurar ofrecer los medios para que esta dinámica destructiva no se inicie o, una vez en marcha, se frene cuanto antes.

En abstracto, cuanto más pronto se corte la posible cadena de impagos, mejor. Cuando más cerca del primer eslabón —el que hace el pago final— se logre detener el riesgo de escalamiento de los incumplimientos, más fácilmente evitaremos que las dificultades de liquidez y las pérdidas iniciales se extiendan a sectores «sanos» del engranaje económico y contractual.

La intervención en el primer nivel, o muy cerca de él, con el fin de conjurar una propagación de impagos, requerirá la inyección de fondos externos —en último extremo, con mayor o menor soporte público—, que pueden producirse de varias formas. Una de ellas es la provisión directa de fondos o ayudas públicas.⁶ Otra es el uso de moratorias en el pago de impuestos —que suponen que el contribuyente puede financiarse a cargo de la autoridad tributaria por el importe debido de impuestos a fin de atender otras obligaciones de pago—.⁷ Finalmente, cabe que los fondos provengan del sector financiero privado, pero con garantías públicas de mayor o menor extensión⁸ que facilitan no solo su concesión a aquellos pagadores que acaso no serían

6 Algunos Estados, como Dinamarca, han optado por políticas cuasiuniversales de mantenimiento de rentas de los hogares, permitiendo así que estos puedan seguir pagando todas sus obligaciones —a la vez que se aligera la situación de liquidez de quienes debían cubrir esas rentas que, durante la emergencia, cubre el Estado—. Además, Dinamarca ha aprobado un plan de compensación para ayudar a las empresas a hacer frente a gastos fijos a pagar entre el 9 de marzo y el 9 de junio de 2020 (incluida la renta arrendaticia). De este plan se podrían beneficiar sociedades dedicadas a cualquier sector de actividad que prevean una caída en la facturación superior al 40 % como resultado del COVID-19 y cuyos gastos fijos totales entre el 9 de marzo y el 9 de junio excedan de un cierto límite, estableciéndose un máximo importe para la ayuda, así como que la proporción de gastos que podría cubrir la ayuda no excedería la de la reducción estimada de la facturación por el COVID-19, excepto para los negocios que se hayan visto obligados a cerrar.

7 En España se han introducido moratorias de pago de impuestos a autónomos y pymes, de modo que lo que no ha de destinarse a pagar de inmediato los tributos pueda emplearse en atender otras obligaciones de pago.

8 En España, el RDL 8/2020, desarrollado en esto por dos disposiciones: el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020, por el que se aprueban las características del primer tramo de la línea de avales para empresas y autónomos por importe de 20 000 millones de euros, con el 50 % reservado para autónomos y pymes, y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de abril de 2020, por el que se instruye al Instituto de Crédito Oficial (ICO) a poner en marcha el segundo tramo de la línea de avales de hasta 20 000 millones de euros.

considerados riesgos de suficiente calidad para recibir la financiación, sino también que los términos del contrato sean más atractivos de los que se obtendrían en condiciones de mercado, especialmente en la situación presente. Igualmente se puede prever, como ha hecho Italia, que en contratos de financiación de entidades de crédito, los fondos comprometidos pero aún no recibidos o dispuestos por las empresas (o algunas de ellas, como pymes o aquellas particularmente golpeadas en su facturación por la situación de emergencia) no puedan suspenderse o revocarse aun cuando el contrato de financiación contuviera cláusulas que eventualmente lo permitieran.⁹

Es cierto que en ocasiones actuar sobre el primer eslabón no será factible, por un conjunto de factores. Por ejemplo, porque no sea fácil —debido a razones de información, logísticas o de número de sujetos involucrados— que lleguen a ese primer nivel las medidas de apoyo a la liquidez que podrían conjurar el arranque de una cadena de impagos. O acaso porque sostener ese escalón inicial con fondos públicos para mantener la dinámica de pagos resulta excesivamente costoso para la capacidad presupuestaria del Estado.¹⁰

Cuando ello es así, se puede acudir razonablemente a otro eslabón relativamente temprano en la cadena para proveer los fondos que cortocircuiten la expansión de los incumplimientos. También pueden establecerse medidas de moratoria en el pago

Estos avales, que serán gestionados por el ICO, podrán ser solicitados por las empresas y autónomos con domicilio en España que se hayan visto afectados por los efectos económicos del COVID-19, que no se encontraran en situación de morosidad al 31 de diciembre de 2019 y no estuvieran sujetos a un procedimiento concursal al 17 de marzo de 2020. Los préstamos y operaciones deberán haberse formalizado con posterioridad al 17 de marzo de 2010 para poder beneficiarse de estas garantías públicas. Las entidades financieras deberán haber solicitado la adhesión al contrato marco de ICO antes del 15 de mayo de 2020. El aval cubrirá como máximo el 80 % de la operación en el caso de pymes y autónomos; para el resto de empresas, cubrirá como máximo el 70 % de las nuevas operaciones y el 60 % de operaciones de renovación. Los avales podrán solicitarse hasta el 30 de septiembre de 2020. El plazo del aval coincidirá con el plazo de la operación con un máximo de cinco años.

Las entidades financieras decidirán sobre la concesión de la financiación de acuerdo con sus procedimientos internos. Deberán mantener los costes para los nuevos préstamos y renovaciones que se beneficien de estos avales en línea con los cargados antes del inicio de la crisis del COVID-19, lo cual será supervisado por el ICO.

Medidas semejantes se han adoptado igualmente en otros países de nuestro entorno: Italia, Francia, Alemania.

9 Artículo 56.2 de la Ley de convalidación y conversión del d-l de 17 de marzo de 2020, n.º 18. La medida se adopta en beneficio de las pymes (en el concepto de la Recomendación de la Comisión Europea 2003/361, de 6.5.2003).

10 Existen mecanismos inteligentes para abordar esta tarea de mantener el sistema de pagos a través de la inyección directa de liquidez a los hogares, con bajos costes de administración y posibilidades de recuperación por el Estado (N. Gregory Mankiw, A proposal for social insurance during the pandemic. <http://gregmankiw.blogspot.com/>). La idea es que el Estado envíe a cada familia con ingresos por debajo de cierto nivel I (los de mayores ingresos previsiblemente contarán con cierta cantidad de ahorros) una cantidad de dinero X durante los N meses que dure el previsible impacto negativo sobre sus ingresos. Al mismo tiempo se implanta un impuesto adicional, pagadero en junio de 2021, o diferible a lo largo de algunos años, equivalente a $N \cdot X \cdot (R_{2020}/R_{2019})$, donde R_{2020} es la renta de 2020 y R_{2019} la del año anterior. Nunca se pagaría más de $N \cdot X$. Así, quien no tenga ingresos en 2020 no pagaría nada, quien ganó la mitad que el año precedente devolvería, fraccionado, solo la mitad, y tan solo aquellos que mantuvieron incólumes sus ingresos en 2020 devolverían al Estado todo lo que recibieron de este, restituyendo un préstamo sin interés que habrían recibido del Estado.

que permiten al deudor financiarse temporalmente —mediante el ahorro del pago que sería debido de no ser por la moratoria— a cargo de su contraparte contractual.

3.1. Las moratorias como vía de liquidez para los deudores

Numerosos países han aprobado moratorias de distinta naturaleza entre las medidas legales y económicas que han acompañado a las de carácter sanitario como respuesta a la emergencia epidemiológica y sus distorsionantes efectos sobre la oferta, la demanda y los ingresos. Además de las moratorias fiscales, que operarían para sus beneficiarios como un subrogado de las inyecciones directas de fondos públicos, encontramos moratorias en el ámbito financiero para familias y también, eventualmente, para microempresas y pymes (España, Alemania, Italia), en el ámbito arrendaticio residencial y comercial (España, Portugal), así como algunas moratorias de carácter más general para hogares y pequeñas empresas en dificultades en relación con sus obligaciones corrientes (Alemania, Italia).

Las moratorias como medio de provisión de liquidez a un deudor que carece temporalmente de ella deben diseñarse y aplicarse con tiento con el fin de evitar que puedan desencadenar o agravar una «propagación de efectos» que genere una indeseable reacción en cadena de impagos.

3.2. Las moratorias frente al Estado

Las moratorias más «seguras» desde este punto de vista serían, sin duda, las que tienen como contraparte al Estado. Este puede operar en una situación de emergencia —y en otras—, especialmente con el respaldo de un Banco Central o emisor como una suerte de «*creditor of last resort*», lo que permite predecir que no se generará una espiral de impagos como consecuencia del aplazamiento de los pagos que resulta de estas moratorias. Estas moratorias, en la mayor parte de los casos, no van a operar en relaciones contractuales,¹¹ sino de otra clase (tributarias, generalmente), pero es conveniente tenerlas presentes para entender la lógica de la moratoria como vía de liquidez del deudor a costa del acreedor y qué factores pueden aconsejar o desaconsejar su uso como medida de emergencia dependiendo de la capacidad del acreedor de actuar como *backstop* en relación con la expansión de una espiral de incumplimientos sucesivos.

3.3. Las moratorias en la contratación financiera

En el escalón siguiente, pero todavía apreciablemente seguro, podemos contar las moratorias en contratos de financiación cuya parte son instituciones financieras.¹²

11 Desde luego, también caben moratorias en contratos públicos. En ellos, no obstante, la posibilidad de intervención del poder público es mayor, pues a la condición de poder normativo une la de contratante. Esperamos poder analizar en las próximas semanas las vías de actuación en la contratación pública en situación de emergencia en un trabajo consagrado a la cuestión.

12 Cuando la contraparte en el contrato de financiación no es una entidad financiera la cuestión es más problemática, como se comprobará cuando consideremos otras moratorias, como las arrendaticias.

Aquí, al menos si las moratorias en favor de deudores con una crisis inmediata de liquidez no se dilatan mucho —o, si siendo más extensas, cuentan con garantías, al menos parciales, del Estado— también podemos confiar razonablemente que no desatarán un proceso en cadena de impagos sucesivos. Parece que la posición adoptada y anunciada por el Banco Central Europeo ante la emergencia permite anticipar que las entidades financieras europeas se hallarán en buena disposición de proporcionar liquidez a grupos amplios de la población que lo necesiten, al menos en el corto plazo, mientras se mantenga la situación de emergencia.

Podemos comprobar que entre las medidas introducidas en distintos países europeos abundan las moratorias en contratos de financiación con entidades financieras, en favor de colectivos golpeados o amenazados por la alerta sanitaria y sus efectos económicos. Así, en España, el RDL 8/2020 establece para deudores vulnerables de resultados de la situación de emergencia (familias con ingresos reducidos, autónomos con una importante caída de facturación, ambos grupos en presencia de una probable dificultad elevada de afrontar los pagos de créditos a corto plazo dada la proporción entre pagos e ingresos) una moratoria de tres meses¹³ en el pago de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual.¹⁴

La moratoria hipotecaria del RDL 8/2020 comprende también a los fiadores y avalistas del deudor principal, respecto de su vivienda habitual y con las mismas condiciones que las establecidas para el deudor hipotecario. Así mismo, el artículo 10 del RDL 8/2020 reconoce a los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica la facultad de exigir el beneficio de excusión, es decir, de demandar a la entidad que agote el patrimonio del deudor principal antes de exigirles la deuda garantizada, incluso en el supuesto en que se hubiera renunciado a dicho beneficio en el contrato.

La moratoria legal se ha extendido a los créditos garantizados con hipoteca inmobiliaria cuya finalidad era la adquisición de inmuebles afectos a la actividad económica que desarrollen empresarios y profesionales que sufran una pérdida sustancial de sus ingresos o una caída sustancial en su facturación de al menos un 40 %, así como a viviendas distintas a la habitual en situación de alquiler para las que el deudor hipotecario persona física, propietario y arrendador de dichas viviendas haya dejado de percibir la renta por circunstancias ligadas al COVID-19.¹⁵

También se ha otorgado una moratoria análoga, e igualmente para colectivos en situación de vulnerabilidad, a los deudores en contratos de crédito sin garantía hipotecaria, cualquiera que fuera la finalidad del crédito.¹⁶ Esta moratoria también

13 Inicialmente, el RDL 8/2020 no especificaba con precisión una duración. El RDL 11/2020 ha aclarado que la duración es de tres meses.

14 Por su parte, las entidades integradas en las asociaciones empresariales del sector (AEB y CECA) han impulsado moratorias voluntarias más allá del plazo y condiciones de la moratoria legal. <https://www.aebanca.es/noticias/comunicados/la-banca-ofrece-aplazamientos-para-clientes-afectados-por-la-crisis-del-coronavirus/>

15 Esta extensión se dispone en el RDL 11/2020.

16 Esta ampliación es igualmente fruto de las modificaciones introducidas en la moratoria financiera por el RDL 11/2020.

alcanza a los fiadores y avalistas de tales créditos que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica (artículo 9.2 RDL 11/2020).

A pesar de que esta cuestión no está expresamente regulada en los preceptos que versan sobre la moratoria, de la literalidad de artículo 13.4 del RDL 8/2020 (modificado por el RDL 11/2020), y de la regulación de la moratoria aplicable a la financiación al consumo, parece claro que la moratoria implica la ampliación de la duración del préstamo o crédito que se beneficia de la moratoria por el plazo que dure esta.

En Italia, por su parte, se han aprobado moratorias en relación con créditos hipotecarios para adquisición de vivienda habitual. El d-l de 2 de marzo de 2020, n.º 9, establecía la posibilidad de una moratoria de hasta nueve meses en el pago de las cuotas de créditos hipotecarios (de importe inferior a 250 000 euros) cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena que han visto suspendidos sus contratos de trabajo o reducidos sus tiempos de trabajo en al menos 30 días. El d-l de 17 de marzo de 2020, n.º 18, posteriormente extiende esta moratoria a autónomos que hayan sufrido una reducción de al menos un tercio en su facturación trimestral.

Igualmente, en Italia se ha establecido una moratoria en los pagos (periódicos y no periódicos) de los contratos de financiación de las pequeñas y medianas empresas (que no tuvieran una situación crediticia deteriorada antes de la emergencia) hasta el 30 de septiembre de 2020.¹⁷ Esta moratoria se ha introducido en este caso con relevantes garantías del Estado, que cubre en determinadas proporciones la utilización adicional de líneas de crédito y disposiciones en los préstamos, así como las cuotas por principal e intereses objeto del aplazamiento.

En Alemania, el artículo 240 § 3 EGBGB ha establecido, en ausencia de un acuerdo entre las partes que determine otra cosa, un aplazamiento *ope legis* de todos los pagos a cargo de los consumidores por principal, intereses y otros cargos periódicos, de tres meses, en contratos de crédito, inmobiliarios y de otra naturaleza, cuando los consumidores, de resultas de la emergencia asociada al COVID-19, hayan sufrido una pérdida de ingresos que les haga inasumible el afrontar aquellos pagos. Adicionalmente, se ha previsto que si deudor y acreedor no alcanzan un acuerdo acerca de los meses posteriores a la moratoria, el contrato se prolongará por tres meses respecto de la duración prevista, y las prestaciones a cargo del deudor se desplazan temporalmente hasta la finalización del período prorrogado. Estas medidas se complementan con una suspensión de la facultad de resolver o vencer anticipadamente el contrato por parte del financiador en caso de impago, empeoramiento de la situación financiera del deudor o disminución del valor de las garantías, hasta que finalice el período de moratoria.

Es de destacar que el texto alemán establece una válvula de escape con el fin de evitar que la moratoria —amplia, pues comprende toda la financiación a consumidores en situación vulnerable por la emergencia— pueda tener consecuencias inasumibles para el financiador, ocupándose de precisar que las medidas anteriormente descritas no pueden imponerse a un financiador si a la vista de todas las circunstancias concurrentes, incluidas las asociadas a la pandemia, resultan excesivamente onerosas para el financiador.

17 Artículo 56.2 de la Ley de convalidación y conversión del d-l de 17 de marzo de 2020, n.º 18.

3.4. Las moratorias en contratos de arrendamiento

Otro ámbito en el que cabría imaginar la introducción de una moratoria en los pagos sería el de los contratos de arrendamiento. No cabe duda de que muchos agentes económicos (consumidores y empresas) han de realizar pagos por contratos de arrendamiento en estos momentos en que sus ingresos pueden haberse resentido, al menos a corto plazo.

Lo cierto es, sin embargo, que la mayoría de los países europeos no han adoptado moratorias en este terreno, sino que han reservado su intervención en el ámbito del arrendamiento, como examinaremos en el siguiente apartado, a la suspensión de la resolución del contrato por impago del arrendatario y del consiguiente desahucio del arrendatario. Algunos países han añadido una prohibición de ejecutar penalidades y garantías por impago del arrendatario mientras dura la situación de emergencia. La razón parece ligarse a la idea rectora de este apartado: la moratoria supone obtener liquidez a costa de la contraparte contractual, y no hay garantías de que la contraparte contractual en un contrato de arrendamiento está bien situada —en general y en las circunstancias singulares del momento, de modo especial— para ofrecer esa liquidez sin desencadenar sucesivos y posteriores impagos y, en definitiva, la tan temida espiral de incumplimientos.

La excepción a esta tendencia la encontramos en la Península Ibérica.¹⁸

En primer lugar, en España se han adoptado moratorias en este campo, tanto para los arrendamientos de vivienda como para los comerciales.

En relación con los primeros, los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad cuyo arrendador sea un gran tenedor de vivienda¹⁹ tienen derecho (salvo que en un acuerdo previo se hubiera pactado ya un aplazamiento o la condonación total o parcial de la renta) a elección del arrendador: (i) a una moratoria en el pago de la renta; o (ii) a una quita del 50 % de la deuda. La moratoria o la condonación de la deuda estarán vigentes mientras dure el estado de alarma o persista la situación de vulnerabilidad, con un máximo de cuatro meses.

En caso de moratoria, la renta se aplazará, mediante el fraccionamiento de las cuotas durante al menos tres años, que se contarán a partir del momento en el que concluya la moratoria o se supere la situación de vulnerabilidad y siempre dentro del plazo a lo largo del cual continúe la vigencia del contrato de arrendamiento. El arrendatario no tiene penalización alguna y no tendrá que pagar intereses por el anticipo de liquidez que supone el aplazamiento y el fraccionamiento posterior del pago.

En el caso de que el arrendador no sea un gran tenedor, no se impone con carácter absoluto la moratoria, sino que se establece una obligación de negociar y buscar

18 En Escocia también se adopta una medida de efecto similar. Allí, con carácter general, el derecho del arrendador de resolver el contrato por impago de la renta exige una comunicación previa al arrendatario, quien a su vez dispone de un plazo para pagar el importe adeudado. Con ocasión del COVID-19, se ha ampliado el plazo del que dispone el arrendatario para pagar de los 14 días actuales a 14 semanas en los contratos de arrendamiento comercial.

19 Se considera «grandes tenedores» a las personas físicas o jurídicas titulares: (i) de más de 10 inmuebles urbanos (excluyendo garajes y trasteros); o (ii) de una superficie construida de más de 1500 m².

alternativas, pero si finalmente el arrendador no acepta un aplazamiento o quita, la moratoria no resulta de obligado cumplimiento. Para estos casos (aunque no solo para ellos) se aprobó, en el mismo RDL 11/2020, una línea de avales para la cobertura total por cuenta del Estado de financiación bancaria a arrendatarios en situación de vulnerabilidad como consecuencia de la expansión del COVID-19, con el fin de cubrir los pagos de renta de vivienda hasta un importe máximo de seis mensualidades de renta. Así mismo, se adopta, con una similar finalidad, un nuevo programa de ayudas para aliviar la carga económica de los arrendatarios de vivienda habitual que se encuentren en situaciones de vulnerabilidad derivadas de sus obligaciones de pago de rentas o de devolución de las ayudas transitorias de financiación para el pago de rentas. Se precisa que la cuantía de estas ayudas podrá alcanzar los 900 euros al mes y el 100 % de la renta arrendaticia o, en su caso, el 100 % del principal e intereses del préstamo que eventualmente se suscriba para el pago de la renta de la vivienda habitual.

En España también se ha adoptado una moratoria en arrendamientos comerciales por obra del RDL 15/2020. La medida se prevé en beneficio de autónomos y pymes²⁰ arrendatarios de inmuebles que se encuentran en situación de dificultad financiera para hacer frente al pago de las rentas. La dificultad de pago se hace depender de que la actividad desarrollada hubiera quedado suspendida oficialmente o que, aun sin haberlo sido, hayan visto una caída de facturación de un 75 % o más cumplimiento, total o parcial, de sus obligaciones de pago bajo tales arrendamientos. En estos casos, si el arrendador fuera un gran tenedor de inmuebles,²¹ los arrendatarios tendrán derecho a aplicar una moratoria en el pago de la renta (siempre que no se hubiera acordado ya una moratoria o reducción de la renta), por el período de tiempo que permanezca el estado de alarma y, si perdura la dificultad, los meses siguientes, con un máximo de cuatro meses. La renta aplazada debe pagarse al concluir la moratoria mediante su fraccionamiento durante, al menos, los dos años siguientes de vigencia del contrato (siempre dentro de la vigencia de este) y sin que puedan cargarse sobre los arrendatarios penalizaciones o intereses por el aplazamiento.

Para otros arrendadores (los «pequeños tenedores») se prevé, de forma similar a como ha ocurrido con el arrendamiento de vivienda, un mecanismo de renegociación de la renta con el fin de obtenerse un aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta, pero del texto legal parece desprenderse que no será obligatorio para el arrendador. Con el fin de «engrasar» este acuerdo voluntario de aplazamiento, se prevé que se pueda usar la fianza arrendaticia para sufragar alguno de los períodos de renta aplazada, restituyéndose la fianza en un año desde el fin de la moratoria.

20 El concepto de pyme que se ha adoptado es más estrecho (incluye menos empresas) que el de la Recomendación europea, pues exige: (i) que el activo no supere los 4 000 000 EUR; (ii) que el importe neto de la cifra anual de negocios no supere los 8 000 000 EUR; y, (iii) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50.

21 Con el mismo significado de este término que el ofrecido para arrendamientos de vivienda por el RDL 11/2020.

En Portugal, por su parte, se han adoptado medidas semejantes a las españolas en materia de arrendamientos residenciales y comerciales: la Ley 4-C/2020 de 6 de abril, que establece un régimen excepcional de aplazamiento del pago de las rentas de los arrendamientos urbanos residenciales y no residenciales. Por ejemplo, para alquileres comerciales se ha ordenado, en favor de los establecimientos abiertos al público destinados a actividades de comercio al por menor y a la prestación de servicios que estén cerrados o cuyas actividades estén suspendidas, el aplazamiento del pago de las rentas debidas durante los meses en los que esté vigente el estado de emergencia y el primer mes posterior a su finalización, fraccionándose lo aplazado durante los 12 meses siguientes a la finalización de la moratoria. En Portugal, sin embargo, no se ha hecho distinción alguna por la condición de gran tenedor o no del arrendador.

Las moratorias arrendaticias española y portuguesa (y más la segunda, pues es de universal alcance para todos los arrendadores) presentan un cierto riesgo de forzar a dar liquidez al arrendatario a quien acaso no está bien situado para suministrarla, iniciando así en algunos casos una cadena de impagos de indeseables consecuencias. Es probable que si el arrendador es una entidad con músculo financiero (directo o indirecto) suficiente, podrá efectivamente proporcionar a sus arrendatarios la liquidez de urgencia que estos precisan. Pero no cabe asumir que necesariamente esta condición se puede predicar de todos los arrendadores, ni siquiera de los denominados, con imprecisión, «grandes tenedores», especialmente si consideramos que el número de inmuebles que convierten a un arrendador en un gran tenedor es bajo y no garantiza, ni mucho menos, elevada capacidad de financiar a corto plazo a sus arrendatarios. Por ejemplo, una pequeña inmobiliaria con siete pisos y cinco locales de negocio se califica por la normativa de emergencia española como gran tenedor. No es evidente que este agente económico está en buenas condiciones para dar liquidez a sus arrendatarios, y mucho menos a todos al mismo tiempo. Esto puede provocar una cadena de impagos —la inmobiliaria impaga a sus proveedores de bienes y servicios—, y esto es lo que es importante contener.

3.5. Otras moratorias

Se han aprobado otras moratorias en otros sectores.²² Por ejemplo, en Alemania, el artículo 240 § 1 EGBGB ha previsto una moratoria general para consumidores y

22 En España, aunque no se han aprobado moratorias en sentido estricto del tipo de las que vamos a resumir para Alemania e Italia, se han adoptado algunas medidas con una finalidad similar. El RDL 11/2020 (artículo 28) extiende el colectivo de potenciales perceptores del bono social de electricidad a titulares del punto de suministro, o miembro de su unidad familiar, que sean profesionales por cuenta propia o autónomos y que tengan derecho a la prestación por cese total de actividad profesional o por haber visto su facturación en el mes anterior al que se solicita el bono social reducida en, al menos, un 75 % en relación con el promedio de facturación del semestre anterior.

Parcidamente, el artículo 29 del RDL 11/2020 establece medidas dirigidas a garantizar la continuidad del suministro energético y de agua para hogares mientras dure el estado de alarma, de forma que mientras prosiga este, no podrá suspenderse el suministro a consumidores domésticos en su vivienda habitual, por motivos distintos a la seguridad del suministro, de las personas y de las instalaciones, aunque conste dicha posibilidad en los contratos de suministro o acceso suscritos por los consumidores.

pymes²³ en relación con sus obligaciones de pago relativas a contratos de ejecución continuada como los de comunicaciones, energía, electricidad y seguros de carácter obligatorio. Esta moratoria se extiende temporalmente hasta el 30 de junio de 2020, pero no es automática. Precisa de ser opuesta en cada caso por el consumidor o pyme cuya existencia personal o familiar, o la continuidad de su negocio, pueda estar en riesgo en caso de tener que hacer frente a los pagos que se vayan devengando por tales contratos. A su vez, el proveedor de los bienes o servicios puede oponerse a la moratoria si acredita que la no percepción del pago amenazaría la continuidad de su propia empresa.

La moratoria, a pesar de contener la válvula de escape para el acreedor que acabamos de mencionar, se molesta en excluir expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de arrendamiento y los contratos de trabajo. Los segundos, por razones que resultarían obvias, pues no parece que los trabajadores estén generalmente en buena situación para proveer de liquidez a sus empleadores mediante una moratoria en sueldos y salarios.²⁴ En realidad, una solución parecida pudiera haberse introducido para contratos de prestación de servicios de naturaleza no laboral, pues no cabe presumir —salvo para servicios como los mencionados más arriba, como los de energía, comunicaciones similares, y acaso algún otro típicamente prestado por empresas de gran tamaño— en estos contratos que el prestador de servicios está bien preparado para asumir esa provisión de liquidez. Lo propio ocurre también con los contratos de arrendamiento, como se ha mencionado más arriba: no se puede presumir con carácter general —y se está hablando de medidas generales— que los arrendadores estén *a priori* en buenas condiciones en la situación actual para ofrecer liquidez a sus arrendatarios. Parece que, en general, puede haber otros agentes (empezando por el Estado) para brindar esa financiación a arrendatarios en situación de dificultad sin riesgo de encender la chispa de una ristra de impagos sucesivos.

En Italia, ya el artículo 4 del d-l de 2 de marzo de 2020, n.º 9, preveía una suspensión, para los residentes en los municipios más afectados por la pandemia, de los pagos relativos a energía eléctrica, agua, gas y gestión de residuos urbanos, hasta el 30 de abril de 2020.²⁵

De nuevo, aquí se reproduce el riesgo de obligar a proporcionar liquidez a agentes económicos que no necesariamente están bien situados para ofrecerla en el cortísimo plazo. Es cierto que lo habitual —más, desde luego, que en el caso de los contratos de arrendamiento— es que los proveedores de servicios de comunicaciones y energía sean empresas de envergadura y con margen financiero suficiente para asumir esa financiación forzosa a sus clientes. Pero no necesariamente será así, y parece conveniente establecer (Alemania así lo ha hecho) válvulas de escape ante estas eventualidades.

23 En este caso, el concepto (más amplio que el empleado en España en el RDL 15/2020 para la moratoria arrendaticia no residencial) es el de la Recomendación de la Comisión Europea 2003/361, de 6.5.2003.

24 Precisamente, en los ERTE esa liquidez la aporta, en su mayor parte, el Estado al asumir una proporción de los salarios que se van devengando en esa situación.

25 El artículo 72 bis de la Ley de convalidación y conversión del d-l n.º 18 ha recogido esta previsión desarrollando un régimen para el fraccionamiento del pago de las facturas suspendidas.

4. Prudencia e intervención mínima: conservemos los contratos en vigor

Las diferentes alternativas de intervención sobre los contratos en curso pueden suponer efectos contractuales muy distintos y los costes de aquellas pueden ser igualmente diversos. Los examinamos a continuación y acabamos con una recomendación acaso no muy sorprendente: *optemos en principio por los menos costosos e intrusivos*.

4.1. La extinción del contrato y sus costes: la alternativa que conviene evitar

La consecuencia más intrusiva —y más costosa— viene dada por la resolución o extinción del contrato. Una relación contractual que estaba en vigor entre las partes antes de la pandemia, presumiblemente se mantiene porque creaba valor para las partes y, por ende, para la sociedad. Un contrato en vigor es, con carácter general, un activo valioso. Si el contrato se resuelve o se termina, se destruye el valor asociado a ese contrato, lo que podríamos llamar el «valor relacional».

No solo porque existen inversiones específicas no amortizadas que pierden toda su capacidad de generación de valor una vez que la relación contractual se extingue, sobre todo si es de forma abrupta. No solo porque un contrato es fuente de valor en relación con otros contratos con los clientes de una de las partes (la «clientela» de que se habla en los contratos de arrendamiento y distribución). Especialmente porque el entramado de reciprocidad²⁶ que se produce en el seno de una relación contractual viva como mecanismo de incentivo de conductas que producen valor social —y que dependen crucialmente de la plausible continuidad de la relación— decae cuando el contrato se acaba. Esto es de enorme relevancia en una multiplicidad de entornos contractuales: cadenas de suministro y distribución —relaciones entre productores de *inputs* y productores finales, entre fabricantes, mayoristas, minoristas y clientes finales—; contratos de arrendamiento, contratos de servicios profesionales y de otra naturaleza, contratos de financiación recurrente y muchos más.

Los costes asociados a la extinción de una relación contractual son, pues, muy elevados. Incluso cuando el elemento relacional puede verse como típicamente menos relevante (piénsese en un contrato de préstamo hipotecario relativo a la adquisición de una vivienda o de otro activo), la resolución del contrato unida a la ejecución de la garantía generan también costes apreciables para las partes —notoriamente, la pérdida de la titularidad y el uso del activo para el deudor, con la consiguiente pérdida patrimonial, pérdida de capacidad de uso y pérdida del valor idiosincrático para el propietario—, además de efectos externos negativos, como los costes de la justicia, o la reducción de precios de viviendas en áreas que experimentan numerosas ejecuciones.

Parece, pues, que recurrir a la resolución y extinción de contratos no solo no aparece como una alternativa atractiva sino que, al contrario, es muy conveniente

²⁶ Véase, sobre la dimensión relacional de los contratos, Ganuza & Gómez (2020), y la extensa literatura económica y jurídico-económica sobre esta que allí se referencia.

evitar que los costes asociados a la resolución y extinción de los contratos se incurran a consecuencia de incumplimientos o impagos en los contratos asociados a la emergencia de salud pública que, se presume, será transitoria y de duración breve. Incurrir en la pérdida social que supone la extinción de los contratos en vigor como consecuencia de una perturbación pasajera parece una mala estrategia para un sistema jurídico y una sociedad.

Por eso no es una sorpresa que los diferentes Estados, durante la presente situación de emergencia, hayan adoptado numerosas medidas tendentes a restringir la resolución de contratos en vigor con los costes asociados que la extinción supone, y hayan optado decididamente por promover la conservación de la vigencia de estos.

Francia ha adoptado la medida de alcance más general en esta línea de preservar los contratos de las consecuencias de incumplimiento ligadas a la pandemia o agravadas por esta. Así, ha establecido que las cláusulas penales, las resolutorias y las de terminación o extinción por incumplimiento de obligaciones contractuales a cierto término no producen efecto si la fecha en que debía producirse el cumplimiento cae en el período que media entre el 12 de marzo de 2020 y un mes después de la expiración del estado de emergencia. Pasado un mes tras el período anterior (esto es, dos meses desde la expiración del estado de emergencia), las cláusulas en cuestión vuelven a producir sus efectos si no se ha producido el cumplimiento antes de esta fecha. Si la fecha del incumplimiento es anterior al 12 de marzo, las cláusulas en cuestión producen efecto, pero este se suspende hasta pasado un mes desde el fin de la emergencia.²⁷

Muchos países y jurisdicciones han adoptado medidas de restricción de la resolución contractual en el ámbito arrendaticio, conscientes de los importantes costes —para las partes y para la sociedad— que la extinción de estos contratos puede acarrear.

Así, en Alemania²⁸ se ha suspendido hasta el 30 de junio de 2020 la facultad del arrendador de resolver el contrato de arrendamiento (de vivienda, de local comercial y de oficina) por impago de la renta y de cantidades asimiladas, devengadas entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2020, cuando el impago proceda —acreditado de forma creíble— de los efectos del COVID-19. No se suspende la obligación de pago de esa renta —ni la facultad del arrendador de reclamarla—, sino simplemente la facultad del arrendador de resolver el contrato de arrendamiento por los impagos de la renta de ese concreto período de tiempo. Tampoco se impide —al contrario que en Francia— la ejecución de garantías por impago, ni el devengo de intereses de demora por el retraso en el pago.

En Inglaterra y Gales, con un derecho tradicionalmente muy reacio a intervenir en las relaciones arrendaticias, especialmente en las comerciales, se ha establecido que los arrendadores no podrán desahuciar a los arrendatarios de locales comerciales u oficinas por el impago de la renta o cantidades asimiladas hasta el 30 de junio —siendo esta fecha susceptible de prórroga—. No obstante, se mantiene la obligación del

27 Ordonnance n.º 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période.

28 Artículo 240 § 3 EGBGB.

arrendatario de pagar la renta (incluyendo intereses moratorios por la demora en el pago) y el arrendador puede adoptar cualquier medida de actuación jurídica distinta del desahucio, como puede ser la ejecución de cualquier tipo de garantías existentes en relación con la obligación de pago de la renta —avales, entre otros—.

En España no se han adoptado medidas generales de suspensión de la resolución del contrato y del desahucio en el ámbito arrendaticio. Es cierto que la moratoria aprobada por los RDL 11/2020 y 15/2020 para el ámbito residencial y comercial, respectivamente, en la medida en que imponen legalmente un aplazamiento al pago de las rentas del arrendamiento para ciertos colectivos de arrendatarios —vulnerables, en el ámbito residencial, seriamente afectados por la emergencia sanitaria, en el comercial— evita que en los casos cubiertos por la moratoria se produzcan resoluciones y desahucios mientras persista su vigencia simplemente porque las rentas no son debidas durante la moratoria.

Es verdad que se han previsto ciertas medidas adicionales para preservar relaciones arrendaticias. Así, se ha dispuesto,²⁹ con carácter general, que los arrendatarios de vivienda puedan prorrogar hasta seis meses los contratos que venzan entre la entrada en vigor del RDL 11/2020 y los dos meses siguientes a la finalización del estado de alarma.

De forma menos general, y en relación con arrendatarios de vivienda en situación vulnerable, se ha introducido³⁰ la posibilidad de suspensión de los lanzamientos señalados de arrendatarios de vivienda en situación de vulnerabilidad sin alternativa habitacional y, si no se hubiera decretado ya el lanzamiento, se suspenderán los procedimientos de desahucio hasta que los servicios sociales adopten las medidas oportunas, por un período máximo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del RDL 11/2020.

Con todo, no parece que hubiera sido superflua una suspensión de resoluciones contractuales en el ámbito arrendaticio con carácter general por un período suficiente para cubrir la disrupción provocada por la emergencia sanitaria y evitar que esta pudiera dar lugar a extinciones de contratos de arrendamiento de viable continuidad y que producen valor para las partes. Es posible que el legislador español esté confiando implícitamente en la suspensión de los términos y plazos procesales conforme a lo previsto en la disposición adicional segunda del RD 463/2020, pero esto simplemente supone un retraso en el reflejo procesal, aun cuando no evita la decisión sustantiva de resolución. Creemos que una norma expresa (a la alemana o la francesa) hubiera resultado clarificadora.

La desconfianza ante la resolución de contratos en la situación de emergencia puede obedecer a razones en buena medida distintas de las que se conectan con el objetivo de preservar el valor relacional del contrato o evitar los costes de ejecución sobre activos valiosos que siguen a la resolución. Singularmente, puede explicarse también por motivos relacionados con los problemas para la situación de liquidez —y, eventualmente, incluso de solvencia— de un contratante y el consiguiente proceso de espiral de impagos que puede ocurrir como consecuencia de las obligaciones de restitución que acompañan a la resolución del contrato.

29 Artículo 2 RDL 11/2020.

30 Artículo 1 RDL 11/2020.

Este problema se puede dar en un ámbito en el que la cancelación y extinción de contratos sin duda tiene visos de presentar relevancia cuantitativa muy importante: el sector del transporte y del turismo. El cierre de establecimientos hoteleros de toda clase,³¹ así como la interrupción generalizada aunque no completa de líneas de transporte de viajeros, en especial de media y larga distancia,³² ha frustrado las estancias y los viajes de muchos consumidores. En este caso, además, la situación para este sector, en cuanto a su disrupción en su operativa normal y su capacidad de cumplir las prestaciones propias de los contratos, se prevé que pueda acaso tener mayor duración.

Puede parecer natural pensar que si la prestación comprometida no es posible, dado el cierre del establecimiento o la cancelación del transporte, no hay más remedio que la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida y la devolución de prestaciones (típicamente, las cantidades anticipadas por el viajero para la reserva de transporte u hotelera, cantidades que en ocasiones alcanzan la totalidad del precio del contrato). En el caso del contrato de viaje combinado, la ley prevé expresamente esta consecuencia en casos de cancelación por circunstancias extraordinarias: artículo 160 TRLGDCU.³³

El riesgo en una situación de emergencia como la actual consiste en que la acumulación de estas cancelaciones y solicitudes de reembolso, aunque previsiblemente pequeñas en media, en términos agregados pueden representar un serio problema de liquidez y acaso hasta de solvencia para el operador turístico o de transporte.

Probablemente con este problema en mente, el artículo 36 del RDL 11/2020 ha introducido algunas previsiones para tratar de mitigar tales consecuencias. Con carácter general, se contempla la circunstancia de que como resultado de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma los contratos —típicamente de compra de bienes de consumo o de prestación de servicios, aunque no se mencionan específicamente los de transporte o alojamiento— resultan de imposible cumplimiento. Se mantiene el derecho del consumidor a resolver el contrato, pero se sujeta a algunas condiciones. Primero, su ejercicio resulta seriamente limitado en

31 En España, por efecto de la Orden SND/257/2020, de 19 de marzo, por la que se declara la suspensión de apertura al público de establecimientos de alojamiento turístico, de acuerdo con el artículo 10.6 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

32 En España, véanse el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y la Orden TMA/273/2020, de 23 de marzo, por la que se dictan instrucciones sobre reducción de los servicios de transporte de viajeros.

33 Según dispone el artículo 160.2 TRLGDCU, cuando concurren circunstancias inevitables y extraordinarias que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros, el viajero tendrá derecho a resolver el contrato antes de su inicio sin pagar ninguna penalización, teniendo entonces el viajero derecho al reembolso completo de cualquier pago realizado, pero no a una compensación adicional. El artículo 160.3 TRLGDCU prevé el caso de cancelación por el organizador, con base en la imposibilidad de ejecutar el contrato por circunstancias inevitables y extraordinarias y se notifica la cancelación al viajero sin demora indebida antes del inicio del viaje. En este caso procederá igualmente reembolsar al viajero la totalidad de los pagos que este haya realizado, pero no habrá abono de compensación adicional alguna por el organizador.

el tiempo (plazo de 14 días desde la imposibilidad de cumplimiento). Segundo, el efecto resolutorio se subordina a un proceso negociado de revisión de los términos del contrato, incluyendo el ofrecimiento por la empresa de bonos o vales sustitutorios al reembolso. Solo si transcurren 60 días sin acuerdo sobre una alternativa, se producirá el efecto resolutorio y la obligación de restitución, para la cual, salvo acuerdo en contra, se prevé un plazo máximo de 14 días.

Para contratos de viaje combinado que hayan sido cancelados con motivo del COVID-19, se prevé además que se pueda entregar al consumidor un bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido de acuerdo con el TRLGDCU. Si el organizador del viaje, en cambio, hubiera sido reembolsado por los proveedores de servicios incluidos en el contrato de viaje combinado de las cantidades anticipadas para el viaje, se procedería, según que aquel reembolso hubiera sido total o parcial, a la cancelación total o parcial del bono y a la restitución al consumidor de las cantidades correspondientes. La restitución al consumidor debe producirse en un plazo no superior a 60 días.

En Italia podemos encontrar medidas similares. Así, se ha previsto para los contratos de espectáculos y eventos culturales de todo tipo, la provisión de un bono o *voucher* de duración anual, que los consumidores han de solicitar en un plazo de 30 días y la empresa responsable del evento ha de enviar al consumidor en un plazo de la misma duración.³⁴ En relación con los contratos de transporte por cualquier medio, alojamiento y viaje combinado, se prevé que la empresa, tras recibir la solicitud del consumidor, proceda (en un plazo de 30 días o incluso de 60 en algunos supuestos de viaje combinado) al reembolso del precio o cantidades anticipadas o a entregar un *voucher* por el mismo importe con validez de un año.³⁵

A pesar de que esta medida legal ha sido objeto de crítica doctrinal (Marín, 2020) a causa de la reducción en la protección del consumidor que supone respecto del nivel general consagrado en el TRLGDCU (y, en el caso del contrato de viaje combinado, por la Directiva 2015/2302³⁶), la medida no nos parece totalmente criticable, a pesar de su desafortunada y poco técnica redacción. La preocupación que subyace a ella es bien real y el mecanismo del bono aparece como un instrumento interesante para mantener el contrato y evitar una acumulación de reclamaciones de reembolso en un plazo muy corto contra una misma empresa.³⁷ En la situación de emergencia presente, la protección del consumidor entendida como conservación íntegra de los derechos del «período normal» nos parece que ha de permitir modulaciones conducentes a cumplir objetivos de urgencia máxima, como es la conservación del tejido productivo en el sector turístico y de

34 Artículo 88 de la Ley de convalidación y conversión del d-l n.º 18.

35 Artículo 88 bis de la Ley de convalidación y conversión del d-l n.º 18.

36 Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados.

37 Como se ha indicado en el texto, en otros países con una industria turística importante y seriamente golpeada por la emergencia, como Italia, se han adoptado medidas parecidas orientadas también a mitigar este riesgo.

transporte —entre otros—, y la reducción del riesgo de insolvencias y procesos de espiral de impagos en ellos.

De facto, y un poco de rondón (todo hay que decirlo), el artículo 36 del RDL 11/2020 facilita como mínimo dos meses y medio de liquidez a las empresas afectadas a costa de aquellos consumidores cuyos contratos se han visto frustrados en su ejecución por efecto de la pandemia y de las medidas del estado de alarma. Lo criticable de esta medida reside en su generalidad sin atender a la posibilidad de los consumidores de efectivamente facilitar esta liquidez a las empresas turísticas y de transporte. Para muchos consumidores, cierto es, tratándose de importes típicamente reducidos para cada uno³⁸ (los precios de compra o reserva de billetes de avión o los depósitos para reservas hoteleras, en los supuestos más frecuentes), esta financiación a su cargo será soportable individualmente. Pero no hay seguridad de que esto sea así. Debiera haberse previsto que pueda haber consumidores con un problema propio de liquidez. Aun por cantidades no demasiado elevadas, no tiene sentido imponer a estos que financien dos meses y medio a las empresas cuya prestación se ha hecho imposible durante la emergencia sanitaria.

Cabe, con todo, mantener la idea del bono como instrumento para preservar el contrato remitiendo a un momento posterior el cumplimiento de la prestación específica hotelera o de transporte, sin forzar al consumidor necesariamente a financiar a la contraparte contractual si no puede o no quiere. Una posibilidad para conjugar ambos objetivos de alguna manera sería hacer el bono inmediatamente redimible a cargo del Estado, de modo que el consumidor pudiera recibir su importe directamente de la agencia tributaria, y esta obtener un crédito frente al emisor del bono pagadero por vía tributaria una vez normalizada la situación de esos sectores o, incluso, si llega a ser preciso en el futuro dar ayudas públicas a las empresas en ellos, deducible de las ayudas que pudieran corresponder. En una línea similar se ha sugerido hacer del bono un título valor que permitiría al consumidor tenedor de él poder transferirlo a cambio de dinero o financiarse con la garantía de su importe (Carrasco, 2020).

4.2. La modificación de lo debido: quita y suspensión

El escalón inferior a la intervención sobre contratos en vigor viene dado por una modificación del contenido del contrato. No nos referimos aquí a aquellos términos o cláusulas accesorias a las de las obligaciones principales de las partes, como las penalidades convencionales o las garantías relacionadas con el cumplimiento de las prestaciones esenciales.³⁹ Estamos pensando en la intervención directa sobre las prestaciones debidas. En concreto, en relación con las obligaciones dinerarias de alguna de las partes. Modificar mediante una normativa de alcance general la reali-

38 El importe agregado puede ser importante para una empresa concreta, eventualmente determinando problemas de liquidez o hasta de solvencia, al acumularse de forma súbita en corto término todos los reembolsos.

39 Ya hemos señalado que algún país (Francia) ha procedido a la suspensión temporal de efectos de tales cláusulas en cuanto que se ha considerado que pueden coadyuvar o amplificar el incumplimiento o impago y amenazar la subsistencia del contrato.

zación de prestaciones de servicios o la ejecución de prestaciones de otra naturaleza a la monetaria, más allá de la suspensión temporal de cumplimiento que pueda afectarlas por efecto de las medidas que han acompañado al estado de emergencia, parece difícilmente imaginable.

En definitiva, se trataría de la consideración de una posible quita en obligaciones dinerarias de individuos y empresas directamente golpeados por la pandemia y las medidas que se han adoptado para combatirla.

Como medida de carácter global, no parece aconsejable ni para la generalidad de los contratos, ni siquiera para la generalidad de los contratos de una misma clase, y ello tanto si se hace a través de medidas legislativas *ad hoc* para la situación de emergencia como por medio de una lectura general y no dependiente de las circunstancias de cada caso de las normas del derecho de contratos aplicables a todos los contratos o a algún tipo particular de entre ellos.

Una quita indiscriminada, sea generalizada o sea sectorial, en las obligaciones de pago de una parte supone trasladar sobre todas las contrapartes una fracción (mayor o menor según el monto de la quita que se practique) de las pérdidas sufridas inicialmente por aquellas partes del contrato que reciben directamente el impacto de la situación de emergencia. Esta traslación global sobre otros de una parte de las pérdidas por el mero hecho de ser contraparte en una relación contractual no parece que tenga fundamentos sólidos si no hay razones concretas para ello.

Pensemos, para presentar más claramente el argumento, en un contrato de arrendamiento comercial por un año (el 2020) entre A (arrendador) y B (arrendatario). La renta mensual es igual a 50. B obtiene en enero y febrero de 2020 ingresos mensuales por la actividad comercial en el local arrendado igual a 100. Como consecuencia del estado de alarma, B se ve forzado a suspender la actividad de venta al público durante tres meses y deja de ingresar por completo los 100 mensuales que de ordinario recibía (dejemos de lado, por simplicidad, la posibilidad de que pueda realizar algunas ventas telemáticas, así como otros costes de su actividad). La suspensión forzosa de actividades le ha supuesto, por tanto, una pérdida de 100 por cada mes. Esta pérdida, además, es irreversible. Podrá trasladarse sobre otros, en todo o en parte, pero no desaparecer, igual que la cobertura aseguradora no elimina las pérdidas que ocasiona el siniestro: simplemente las traslada del bolsillo del asegurado al bolsillo de la aseguradora.⁴⁰

En principio, es B, quien la recibe directamente, quien ha de soportar la pérdida, salvo que creamos que hay alguna buena razón para desplazarla sobre otros. Si se impone por todo el período de emergencia una quita del 100 % en el pago de la renta arrendaticia del local comercial (o, como veremos que es equivalente, se «suspende» el contrato de arrendamiento mientras dura la suspensión de actividad) de la pérdida sufrida inicialmente (100), puede trasladar la mitad (50, el importe de la renta arrendaticia) sobre su arrendador, de modo que A estaría asumiendo el 50 % de las pérdidas de B. Si la quita fuera del 50 % de la renta, A estaría asumiendo el 25 % de las pérdidas de B, y de forma semejante con otros porcentajes de quita.

⁴⁰ Aunque esta cobertura, sin duda, si el que puede sufrir la pérdida es averso al riesgo supone una mejora de bienestar pues se ve libre de un riesgo que reduce su utilidad.

Si en lugar de quita se decretara una suspensión general de los contratos de arrendamiento comercial durante la vigencia del estado de alarma (tres meses), el efecto es exactamente el mismo que el de una quita del 100 %. De la pérdida de 100 al mes que experimenta directamente B, al suspenderse el pago de la renta desplaza la mitad sobre A. Nada cambia el hecho de que al final de 2020 el contrato de arrendamiento se prorrogara por los tres meses de suspensión. Ciertamente es que B pagará 50 cada mes a A durante ese tiempo, pero es a cambio de disfrutar del local durante la extensión, no por lo ocurrido durante el período de suspensión, y necesariamente supone que A no podrá obtener renta de otro arrendatario distinto de B en los tres meses de extensión del contrato.

Por tanto, aunque con frecuencia se habla de suspensión y moratoria como si fueran idénticos, lo cierto es que la suspensión del contrato equivale a una quita del 100 %, y no es asimilable a una moratoria. En la moratoria, lo que ocurre es que la contraparte (el arrendador, en nuestro ejemplo) financia el importe objeto de la moratoria al deudor por el plazo de duración de esta. Pero nada asume de la pérdida subyacente que ha generado la dificultad de liquidez del deudor. El efecto de la moratoria es puramente financiero, y el coste de la financiación, si la moratoria supone el devengo de intereses a cargo del deudor, lo asume este y no la contraparte. Evidentemente, si la moratoria viene acompañada, como lo ha sido en España en el ámbito de los contratos de financiación y en los contratos arrendaticios, de una disposición que determina que la financiación se ha de hacer al deudor a interés cero (sin recargos ni intereses de demora), el coste de proveer la financiación durante el período de moratoria recae sobre el acreedor y, desde este punto de vista, supone una «quita». Pero una quita correspondiente tan solo al coste financiero del aplazamiento, no a la pérdida subyacente que determina la situación de iliquidez.

Tan solo cuando el contrato es puramente financiero, una suspensión del contrato y una moratoria pura se asemejan (aunque no son idénticas). Pero ello porque la propia naturaleza del contrato hace que el efecto de una y otra sea puramente financiero. Pensemos en un contrato de financiación de duración de 1 año (hasta el 31 de diciembre de 2020), en el que el deudor ha de abonar 100 mensualmente al acreedor. Si se produce una moratoria pura de tres meses (abril, mayo, junio) en ese contrato, el acreedor está financiando los 300 de la renta de los meses afectados durante seis meses (los que restan hasta el final de 2020). Si lo que se produce es una suspensión del contrato que comporta la extensión de su duración por un tiempo equivalente al de suspensión, lo que sucede es que el acreedor está financiando los 300 de la renta correspondiente a los meses de suspensión durante nueve meses (hasta el final del período contractual ahora extendido).

En definitiva, una quita (o una suspensión, como hemos visto) impuesta con carácter generalizado⁴¹ en relación con obligaciones de pago devengadas en el pe-

⁴¹ El RDL 11/2020 sí impone una quita (aunque con extensión no única) a los grandes tenedores de vivienda en favor de los arrendatarios de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad, pues impone al arrendador tener que elegir entre (i) una reducción del 50 % de la renta arrendaticia durante el tiempo que dure el estado de alarma y las mensualidades siguientes si aquel plazo fuera insuficiente en

río de emergencia supone trasladar una parte de las pérdidas sufridas inicialmente por el deudor del pago sobre su contraparte en ese contrato. No hay motivos de carácter general que indiquen que esa traslación de las pérdidas es necesariamente deseable que se realice a través de los contratos o de algún tipo contractual en particular (más allá del seguro). Menos aún cuando ambas partes en el contrato son empresas. No está de más observar que en los países de nuestro entorno no se han producido medidas amplias y generalizadas de quita al calor de la situación de emergencia.

En definitiva, deben existir buenas razones para esa traslación y criterios razonables para determinar su montante. Con el fin de verificar la concurrencia de ambas condiciones, creemos que habría que considerar una gran variedad de factores y circunstancias que requieren de un análisis pormenorizado del contrato y de la situación de los contratantes. Eso no es posible, pensamos, en una situación de emergencia en la que la intervención sobre los contratos ha de tener una inmediatez y una generalidad incompatibles con el análisis preciso a estos efectos. Esto será posible únicamente *«when the dust settles»*.

4.3. La alteración puramente financiera: la moratoria

Como ya se ha indicado más arriba, una moratoria de pago en favor de un contratante supone el otorgamiento de financiación, por el importe del pago debido y por el plazo de la moratoria, a cargo de la contraparte en el contrato. La moratoria puede (o no) venir acompañada de una quita equivalente al coste de esa financiación si la moratoria se establece como «libre de intereses o recargos».

En el apartado 3 ya hemos analizado en extenso el uso de moratorias en distintos ámbitos contractuales por parte de los legisladores de diferentes países en el curso de la emergencia de salud por el COVID-19. Ahora solo mencionaremos dos ideas generales. La primera, ya evidente a estas alturas del trabajo, es que una moratoria es un instrumento de intervención sobre un contrato en vigor menos intenso y agresivo que la resolución o extinción y la quita. Además, al centrarse en cuestiones de liquidez y financiación a corto plazo, tanto la valoración de sus ventajas y costes, como su diseño, resultan más sencillos que los relativos a otras alternativas de intervención más intrusivas.

Por otra parte, parece que constituyen una herramienta eficaz para afrontar dificultades urgentes de liquidez en deudores, sobre todo en relación cuando el número de implicados es elevado o puede serlo. La experiencia de la gran recesión que siguió a

relación con la situación de vulnerabilidad provocada a causa del COVID-19, con un máximo en todo caso de cuatro meses; y, (ii) una moratoria en el pago de la renta arrendaticia por un plazo máximo de cuatro meses, a devolver en tres años sin recargos ni intereses. En definitiva, a elección del arrendador se le impone sea una quita del 50 % de la renta durante cuatro meses o una quita del coste financiero de financiar el importe de los cuatro meses de renta durante un plazo de tres años. Con todo, y a pesar de que el concepto de gran tenedor del RDL 11/2020 es probablemente sobreinclusivo, aquí puede considerarse que hay diferencia apreciable entre la capacidad de absorción de pérdidas de arrendador y arrendatario en situación de vulnerabilidad. Esta clase de medidas, sin embargo, no ha sido habitual en los países de nuestro entorno.

la crisis financiera iniciada en Estados Unidos en 2007 revela que para los deudores en dificultades las medidas de impacto inmediato sobre sus pagos a corto plazo son de mayor eficacia que las medidas que pudieran dar lugar al total de su deuda pero que se materializan en períodos de tiempo posteriores. El análisis empírico de Ganong y Noel (2018, 2017) muestra que las disminuciones de deuda hipotecaria que no reducen los pagos a corto plazo, sino que se concentran en la cuantía a largo plazo de la deuda, no tienen impacto significativo sobre los impagos y el consumo de las familias en situación difícil en relación con sus deudas hipotecarias. Cuando el impago produce costes inmediatos, este es el resultado de *shocks* inmediatos de renta, y no responde a la proyección futura de la carga que supone la deuda.

5. Soluciones personalizadas para los contratos a medida

También los contratos cortados a medida se están enfrentando a las consecuencias de la emergencia de salud pública y sus repercusiones económicas. En las manifestaciones arquetípicas de contratos intensamente negociados y adaptados en todos sus detalles a las características de la operación y los intereses de los contratantes, como pueden ser los contratos de M&A o de gran financiación corporativa, las disputas en torno a los eventos surgidos del COVID-19 serán importantes también. El gran inversor o la gran compañía que había concertado la compra —pero sin haberla recibido aún—, y con un precio determinado, una empresa del sector del lujo, observará muy alarmado que las expectativas de facturación de la sociedad que acaba de comprar van a ser muy inferiores a las contempladas. El banco que acaba de conceder una importante financiación a una gran empresa del sector turístico analizará con preocupación cómo los ratios financieros que se habían incluido en el contrato para permitir nuevas disposiciones de la financiación concedida están abocados a su incumplimiento.

En estos ámbitos no hay, creemos, margen admisible para intervenciones sobre los contratos al calor de la situación de emergencia. Los efectos de esta pueden constituir un obstáculo serio para la ejecución del contrato tal y como las partes habían previsto. Pero los contratos cuentan con instrumentos internos al contrato para afrontar el problema. Sin duda, esos instrumentos y los términos contractuales que los insertan en el texto del contrato no estaban pensando en la pandemia y sus consecuencias. Pero es difícil pensar que las medidas sobre contratos que podamos diseñar y aplicar en este estado de emergencia van a resultar más ajustadas a maximizar el valor del contrato que los que llevan puliéndose y perfilándose durante mucho tiempo para aquilatar las soluciones contractuales ante eventos inesperados en contratos de M&A y de financiación. En los primeros, las cláusulas MAC y MAE (*Material Adverse Change* y *Material Adverse Event*) (Jennejohn, Nyarko & Talley, 2020; Choi & Triantis, 2010, p. 848) y su complejo esquema de *carve-outs* y *carve-ins*, junto con otros más generales como las manifestaciones y garantías y su reiteración o modificación en distintos hitos del proceso contractual. En los de financiación, también las cláusulas MAC y MAE, aunque aquí, a diferencia de los contratos de M&A en que tienen una función en parte retrospectiva en relación con

la valoración de la compañía comprada cuando se celebró el contrato, orientados a la futura solvencia del deudor. Pero igualmente otros pactos que tratan de calibrar cómo la situación financiera del deudor ha de influir en las disposiciones bajo el contrato y, en su caso, en el mantenimiento de la financiación. Parece más prudente *dejar que los instrumentos específicos tengan preferencia sobre los generales* que podamos idear, aunque es de esperar que su aplicación en la situación de emergencia no se podrá sustraer, o no del todo, al vértigo y las exigencias del momento.

6. Epílogo: la recuperación y los contratos

Cuando la tormenta —la emergencia sanitaria con su factura de contagios y muerte— haya pasado o, al menos, haya amainado, muchos países nos enfrentaremos a una acusada recesión económica, con sus secuelas de destrucción de empleo y desaparición de empresas. Habrá que pensar entonces en la recuperación y en los instrumentos que necesitaremos para que sea rápida y vigorosa.

Al contrario que en otros episodios históricos (la Guerra Civil en España, la Guerra Mundial en buena parte de Europa), tras la catástrofe no hay que reedificar infraestructuras físicas. Lo que habremos perdido —vidas humanas y, luego, empleos y empresas— no es susceptible de reconstrucción. Pero las sociedades pueden recobrar su pulso económico y social y restaurar, con el tiempo, los niveles de bienestar humano perdidos en los que queden y los que vengan.

Para ello, las contribuciones del derecho y de la economía no son, creemos, secundarias. Deben ser capaces de contribuir a crear las condiciones para una recuperación sólida y acelerada. El canal de transmisión de los impulsos en una economía son los contratos que celebran los agentes económicos. Seguirán necesitando un buen derecho de contratos para mantener los canales limpios de interferencias y con capacidad de circulación de los bienes y servicios que transitan por ellos. Muchos de esos contratos, los que ya existen, se verán lastrados en parte no desdeñable por el triste legado de la crisis de salud y de la posterior crisis económica. Para resolver los problemas y los litigios que se susciten debemos emplear el mejor derecho de contratos que seamos capaces de pensar y aplicar. También con la cláusula *rebus*. Pero no una *rebus* de emergencia, sino una de normalidad. Una que atienda al *impulso de la recuperación y no mire hacia atrás, a las cenizas de lo destruido*.

Referencias

Carrasco Perera, Ángel (2020). El «bono-COVID» emitido por las agencias de viajes en favor de los consumidores.

<https://www.ga-p.com/publicaciones/el-bono-covid-emitido-por-las-agencias-de-viajes-en-favor-de-los-consumidores/>

Choi, Albert, & Triantis, George (2010). Strategic vagueness in contract design: the case of corporate acquisitions. 119: 5. *Yale Law Journal*.

Un primer análisis sobre los instrumentos
para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19

Jennejohn, Matthew, Nyarko, Julian, & Talley, L. (2020). COVID-19 as a force majeure in corporate transactions. Working Paper, Columbia Law School.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3577701

Ganong, Peter, & Noel, Pascal (2017). The effect of debt on default and consumption: evidence from housing policy in the great recession. Working Paper Harvard Joint Center on Housing Studies.

Ganong, Peter, & Noel, Pascal (2018). Liquidity vs. wealth in household debt obligations: evidence from housing policy in the great recession. NBER Working Paper n.º 24964.

Ganuja, Juanjo, & Gómez, Fernando (2020). Contracts without courts (en revisión). *Journal of Economics and Management Strategy*.

Listokin, Yair (2019). *Law and macroeconomics*. Harvard: Harvard University Press.

Marín López, Manuel Jesús (2020). Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-Ley 11/2020. CESCO.

Schmidt-Kessel, Martin, & Möllnitz, Christina (2020). Coronavertragsrecht – Sonderregeln für Verbraucher und Kleinstunternehmen. *NJW*, 1103.

**Al fin la madre de todas las batallas del
COVID-19: «Rebus sic stantibus».
Con ocasión de una reciente propuesta
institucional**

Ángel Carrasco Perera
Universidad de Castilla La Mancha

1. *Rebus* sale del armario

Pasado el primer arrebato de literatura y conferencias virtuales numerosas sobre el COVID-19 como contingencia de fuerza mayor, y acercándonos, aunque despacio, al final del estado de alarma, ha llegado el turno de la cláusula *rebus sic stantibus*. Es una locución latina (por cierto, no romana; creo que figura por primera vez en Bartolo de Saxofferato) que se ha hecho viral. La plaza de toros del rebus-COVID se ha llenado de espontáneos y no hay nadie, a poco que sepa el abecedario del derecho, que no quiera opinar. Ayuda mucho a esta explosión multitudinaria que la frasecita esté escrita en una lengua que muy pocos entienden ya. Como si este rasgo de *terra incognita* sirviera de patente para entrometerse hasta las cejas predicando lo que venga en gana.

No entiendo que una institución seria, de reputado mérito, que cumple una importante función social en la difusión y análisis del derecho, como es la fundación FIDE, se haya visto necesitada de constituir en su seno un (*sic*) «gabinete de crisis», como si se tratara de una agencia del poder gubernamental, para estudiar y preparar un *proyecto de Real Decreto Ley* sobre la cláusula *rebus*, revitalizada para los tiempos del COVID. Y es posible que la propuesta no caiga en saco rato, dada la compulsión de nuestro gobierno COVID por llenar y llenar páginas de BOE cuando no hay otra cosa mejor que hacer.

2. La cláusula *rebus*-COVID-FIDE

El texto propuesto por FIDE consta de un artículo único con siete apartados. El apartado primero describe el supuesto de hecho que disparará en su caso las consecuencias propias de la cláusula *rebus*:

Si *como consecuencia* de la pandemia del COVID-19 o de la situación económica causada por ella, las *circunstancias que sirvieron de base* a un contrato civil o mercantil hubiesen *cambiado de forma extraordinaria e imprevisible* durante su ejecución, de manera que ésta se haya hecho *excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato*, el contratante que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual y legal de riesgos, *no le sea razonablemente exigible* que permanezca sujeto al contrato, tendrá el derecho y la carga (¿) de solicitar la renegociación del contrato. Las

partes deberán negociar *objetivamente de buena fe* durante un plazo prudencial. (Cursivas nuestras)

El texto no es merecedor de ninguna objeción de fondo. Es heredero y pariente de otras muchas formulaciones que se hicieron famosas a raíz de las normas del Código italiano de 1942 (*Eccessiva onerosità*) y de la jurisprudencia alemana (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), de la jurisprudencia española a partir de 1944 (*Rebus sic stantibus*), de los *Principios Unidroit* de contratos internacionales (*Harship*), del *Common Frame of Reference* (*Change of circumstances*), del Code civil francés reformado en 2016 (*Imprévision*), de dos propuestas de (hasta hoy) *soft law* contractual español que circulan en el mercado. No sé si al gabinete de crisis de FIDE le dio tiempo de consultar la, también recién salida del horno, propuesta —*European Law Academy-Harship*— COVID-19 *clause*, aunque tampoco se ha perdido nada si no la conoce.

La primera consideración de fondo que procede es que *no tiene ninguna importancia cómo esté formulada una cláusula rebus*. De hecho, no es preciso, incluso, que se encuentre formulada, para que funcione en la medida en que tenga que funcionar. La cláusula-FIDE podía muy bien no haberse formulado siquiera, y limitarse a contener una remisión al entendimiento «ordinario» que la mucha jurisprudencia del TS viene haciendo de esa cláusula desde 1944.

Se deriva de lo anterior que, al cometer FIDE el exceso de definir lo indefinible, podría ocurrir que estuviera pensando que la cláusula *rebus* tradicional *no sirve para los tiempos del COVID*, y se precisa una nueva o que, por el contrario, se postulara en la propuesta simplemente un cambio de régimen de funcionamiento, pero no una alteración conceptual de la *rebus*. Dada la afirmación que he hecho en el apartado anterior, tengo que considerar *irrelevante* el dilema que acabo de proponer. Es irrelevante qué haya pretendido el redactor de FIDE con la definición contenida en el apartado 1. Porque la cláusula *rebus* es un tópico argumental cuya fuerza decisoria es independiente del modo y forma en que se proponga su definición. Aquí me limito a remitir a la muchísima jurisprudencia existente. Téngase que la «cosa» *rebus* y que cualquier definición que se intentará (mediante el empleo encabalgado de sucesivos conceptos jurídicos indeterminados) sería *explicatio obscurum per obscurius*.

Es también consecuencia de lo que vengo diciendo que no voy a analizar ni discutir ni criticar la formulación de la cláusula-FIDE, porque carece de trascendencia práctica un empeño de esta clase. No me parece ni bien ni mal. Después haré alguna incursión ocasional sobre la fórmula *rebus-COVID*, pero no por ser la específica de FIDE, sino porque expresa un modelo general, que es al que me quiero referir.

Y la consecuencia final de este proceso es la evidencia que podía haberse excusado todo el apartado 1 de la cláusula-FIDE y haberse limitado a introducir la regla procedimental del modo siguiente: *El contratante que pretendiera la renegociación del contrato como consecuencia de la situación económica causada por la pandemia COVID-19 [...]*. Porque la existencia de una contingencia *rebus* no es un presupuesto para negociar, sino una regla de derecho en virtud de la cual (*iura novit curia*) el tribunal decidirá si no acaba habiendo negociación.

Partimos pues, y no a modo de presunción, sino como axioma, de que la cláusula FIDE no propone ni puede proponer eficazmente ningún cambio del paradigma *rebus*, con independencia de que la formulación hecha por FIDE se parezca poco o mucho a la definición usualmente empleada por la jurisprudencia, definición que, siendo igualmente irrelevante, tampoco ha sido determinante de los resultados a los que ha llegado la jurisprudencia.

Por tanto, en lo que sigue, y salvo lo que luego diré volviendo al apartado 1, la cláusula-FIDE es, como postulado, la cláusula *rebus* ordinaria. Y si no lo fuera (si no lo quisiera ser), carece de importancia.

Volvemos al apartado 1 de la cláusula *rebus*-FIDE. He dicho que no voy a especular con su formulación, que no es mejor ni peor que cualquier otra al uso. Pero quiero hacer una observación sobre la locución «ejecución que se haya hecho excesivamente onerosa». La doctrina *rebus* no ha sido nunca un remedio de quien simplemente y sin su culpa ha dejado de poder pagar, acaso porque le asalta una turba de malas contingencias. Una ejecución no se hace «excesivamente onerosa» cuando el deudor no puede pagarla. De otra forma, todo deudor concursado estaría sujeto a deudas «excesivamente onerosas». Lo oneroso es calidad del sinalagma, no del bolsillo del deudor. Se requiere que el *coste de procuración* del medio de pago o del objeto de cumplimiento *se haya hecho más caro* por circunstancias sobrevenidas y que el valor de la contraprestación recibida haya disminuido excesivamente, o que ocurra una de estas dos cosas, y, *además y correlativamente*, el acreedor esté recibiendo en virtud del contrato *excesivamente más de lo que estaría recibiendo del mercado* o esté ahorrándose excesivamente los costes de procuración que le corresponden conforme al contrato. No basta que las ventas del arrendatario se hundan y deje de poder hacer caja para pagar la renta. Es preciso (aparte de la exigencia de que el hundimiento sea *excesivo*) que el arrendador esté cobrando (o quiera cobrar) conforme al contrato una renta que esté *muy por encima* de lo que ahora pagaría el mercado. Recuerdo que la cláusula 6.2.2 (*Hardship*) de los *Principio Unidroit* se expresan con auténtica precisión cuando declara *alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished*.

En casi 100 años de jurisprudencia civil española *rebus* todavía no he encontrado respuesta a la siguiente pregunta. Debe ser porque ocurre como en aquel caso de uno que busca un gato negro en una habitación oscura en la que no hay gato. *¿Se revisa el contrato basta hacerlo «justo», o basta que se revise hasta el punto en que, aunque injusto todavía, siga siendo tolerablemente injusto para el deudor?* La pregunta parece una tontería, pero es de sustancia. ¿Hasta cuánto tiene que sufrir el deudor para disparar la cláusula *rebus* y seguir sufriendo después de aplicada la cláusula *rebus*? Si no tenemos respuesta a esta pregunta, es mejor volver a meter la *rebus* en el armario.

Advierto una aparente novedad frente a la interpretación al uso de los requisitos de la *rebus*. En efecto, en la cláusula-FIDE no se exige que se trate de un contrato de tracto sucesivo; ni siquiera de un contrato de duración dilatada en el tiempo. ¿Tiene eso importancia? Yo creo que, desde el punto de vista de la formulación, ninguna. De hecho, tampoco el TS incluyó este requisito en muchas

de sus formulaciones, que solo fue aplicado *ex post* cuando se trataba del reparto de riesgos, y también la cláusula FIDE impone una consideración sobre el orden justo del reparto de riesgos, para lo cual no puede prescindirse de la duración del contrato. Otras formulaciones internacionales de la cláusula *rebus* omiten también referencia al carácter duradero o instantáneo del contrato. Pero si esta cuestión fuera irrelevante y se quisiera hacer ya una declaración de principio, la fórmula de la cláusula-FIDE prescindiría del horizonte de riesgo temporal y admitiría la posibilidad de una caída de la base del negocio en un plazo corto (inmediato) desde su celebración. Pero esto no es aceptable. En ese horizonte de tiempo corto no puede hablarse de impacto económico imprevisible, sino, en su caso, de imposibilidad pura y simple de cumplir. Una imposibilidad de cumplimiento por fuerza mayor es imaginable en contratos de tracto único y tiempo corto de cumplimiento. Pero no la cláusula *rebus*.

Es cosa simpática, pero las pocas veces —salvadas las dos sentencias infames a que me refiero en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* 98 (2015) § 2618— en que la jurisprudencia ha *aplicado* la cláusula *rebus* es porque *ha aplicado otra cosa que no es la cláusula rebus*. Muchas veces ha sido la desaparición sobrevenida de la causa (sobrevenida inedificabilidad del inmueble comprado para promover, por ejemplo), como en las SSTS 15 mayo 1990, 1 junio 2010, 6 noviembre 1992. En otros casos —el más célebre es el de la STS 20 abril 1994, pero también importantes son los de las SSTS 21 noviembre 1988 y 22 diciembre 2007— el arrendador no puede seguir prestando su obligación de *hacer útil* la posesión del arrendatario. Otros muchos son patología de una laguna sobrevenida que debe ser reparada mediante una interpretación integradora del contrato (SSTS 28 enero 1970, 12 febrero 2009). Hay otros expedientes. Pero ni los citados ni el resto tienen fácil encaje para la «contingencia COVID».

Y cerramos el círculo. Cuando le damos al término «excesivamente onerosa» el alcance que le corresponde, cuando certificamos que los riesgos COVID a los que nos enfrentamos no serán ordinariamente riesgos de «frustración del fin del contrato», si hacemos un aparte para no tomar en cuenta quién asumió o debió asumir los riesgos del mercado, nos queda en exclusiva esto: *cuando al deudor no le sea razonablemente exigible el pago de una obligación por causas ajenas a su control, tiene derecho a que le bajen la deuda o que el contrato se resuelva*.

Pero esto no es un escenario de *rebus*, sino más simplemente dotar de eficacia extintiva (total o parcial) a la dificultad grave de cumplimiento, que ni tiene que ser imposibilidad, ni requerirá que se trate de una contingencia «objetiva» (el dinero *numquam perit*). Y para esto es precisa una intervención del legislador, que se lo tiene que pensar mucho, porque se trata sin más de rebajar por ley toda deuda comercial o civil surgida o pagadera en el horizonte temporal del COVID, que, por demás, nadie sabe dónde acaba («si como consecuencia de la pandemia del COVID19 o de la situación económica causada por ella», no es precisamente una determinación temporal que se caracteriza por ser muy conspicua).

3. Un paseo por la jurisprudencia reciente

Siendo esto así, conviene recordar la ultimísima jurisprudencia en esta materia, para especular con más o menos acierto si los tribunales modificarían o resolverían el contrato por el riesgo COVID. Este recordatorio no tiene ninguna intención constructiva sobre cómo entiendo yo que habría que operar.

Sentencia de 1 de octubre de 2012. Resolución del contrato por la cláusula *rebus sic stantibus* (base del negocio) cuando el comprador no ha sido subrogado por el prestamista en el préstamo al promotor. Uno de los poquísimos casos en que se ha aplicado la cláusula *rebus*, y en este caso, creo, se aplica bien. Yo no lo llamaría, con todo, *rebus*, sino desaparición sobrevenida de la causa, tanto más cuanto no estamos ante un contrato de tracto sucesivo. Es lo que la cláusula FIDE llamaría que «se haya frustrado el fin del contrato». Observemos que el «riesgo COVID» es en la mayoría de los casos ajeno a este modelo. Aunque es posible que ocurra, dada la diversidad de los casos de la vida económica, lo normal no es que el COVID y post-COVID frustren el contrato como tal (*total failure of the consideration*), sino que hagan la prestación muy onerosa para una parte.

STS 6 de marzo 2020. De ella extraemos una regla, que podemos considerar una primicia, pues nunca había sido formulada como tal, a saber. En un contrato de tracto sucesivo de corta duración (dos años), prorrogable por voluntad de las partes, en el que se ha incluido una cláusula de facturación mínima por parte del proveedor de servicios, habiéndose convenido una nueva prórroga anual, el plazo de exposición al riesgo es tan corto que cabe concluir que el prestador está asumiendo todos los riesgos de caída de mercado que ocurran en dicha anualidad. Aplicada a nuestro caso, resultaría que *el riesgo de un año es un colchón de riesgo que tiene que agenciarse como pueda y por su cuenta el deudor COVID*.

STS 20 julio 2017. «En un contrato de contenido fuertemente especulativo y aleatorio como el que constituyó la adquisición de la Nota estructurada, suscrito en un contexto de crisis y con una apuesta bajista sobre valores como el de *Fortis*, del que se informaba que tenía problemas... no es correcta la afirmación de que la reestructuración... [de] la sociedad cuyas acciones constituían... el subyacente de la Nota estructurada, supone una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación, a efectos del art. 1184 CC». *Si el deudor COVID es un agente de un contrato especulativo, el riesgo COVID pertenece al alea del contrato*.

STS 15 enero 2019. El Tribunal Supremo defiende en la sentencia comentada la inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* para fundar la rebaja de la renta de un contrato de arrendamiento de larga duración de un hotel. La sentencia concluye que el riesgo derivado de la disminución de los rendimientos de explotación del hotel, al proceder del deterioro de la situación económica y a las variaciones del mercado, debe ser considerado propio de la actividad empresarial de la arrendataria, una empresa dedicada a la gestión hotelera. Además, en el contrato las partes habían atribuido tal riesgo a la parte arrendataria al acordar una renta mínima garantizada, así como una cláusula que le permitía desistir anticipadamente del contrato pagando una pena convencional. De este modo, la sentencia comentada revoca la doctrina contenida en la anterior STS 15 de octubre 2014 que resuelve de manera contraria

un caso muy similar. Una última cuestión tratada en la sentencia es la inaplicación del artículo 1575 del Código Civil para fundamentar la rebaja del precio de la renta del arrendamiento del hotel, puesto que las pérdidas procedían de un riesgo del propio negocio. Bueno, *es claro que la doctrina del TS ataca directamente la línea de flotación de la cláusula FIDE*. Y como hemos dicho que la cláusula FIDE no tiene (no puede tener, sensatamente) por objeto derogar la regla existente, entonces estamos directamente constreñidos a que se nos aplique esta doctrina del TS a pesar de la cláusula-FIDE. *Esta doctrina viene a decir que por la propia naturaleza del negocio explotado en arrendamiento y por el tipo de cláusulas que un contrato de esta clase suele tener, o el riesgo está ya asignado al deudor, o se podía haber asignado al deudor, que a los efectos es lo mismo*. Y la cláusula-FIDE no lo desmiente: «atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos».

STS 27 abril 2012. Desestimó la aplicación de la cláusula *rebus* para aumentar la renta de un contrato de arrendamiento de larga duración de un aparcamiento celebrado en el año 1977. El Corte Inglés, S.A., arrendadora y superficiaria del inmueble, demandó a la arrendataria y solicitó la modificación del contrato por haberse producido un cambio imprevisible de circunstancias. La alteración de las circunstancias respecto de las existentes en el momento de contratar consistía, según la arrendadora, en la gran transformación económica sufrida por España desde que se firmó el contrato, el éxito comercial que había sufrido la zona y la modificación operada en el contrato de superficie entre la demandante y la propietaria del suelo, con un importante aumento del canon superficiario. El Tribunal Supremo desestimó la aplicación de la cláusula *rebus* para aumentar la renta del contrato de arrendamiento. La Sala Primera «entiende que el transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación». La doctrina no es muy elocuente y en alguna medida se desacredita como circular (esta no es una circunstancia imprevisible porque no es una circunstancia imprevisible). Solo la traigo a colación por el énfasis que aporta en tiempos del COVID.

STS 18 julio 2019. El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la previsibilidad de las modificaciones operadas en el marco regulatorio de la energía solar en España. La resolución afirma que tales cambios normativos no permiten dejar sin efecto o modificar las garantías de los préstamos hipotecarios suscritos para financiar un proyecto fotovoltaico. Los demandantes, fiadores del préstamo hipotecario y contragarantes del aval que garantizaba el anticipo de una subvención, invocaron la aplicación de la cláusula *rebus*, que fue rechazada por el Tribunal Supremo. La Sala resuelve que «la incidencia de la modificación legislativa que habría determinado, según las recurrentes, *la insolvencia del deudor principal es un riesgo que debe recaer en los fiadores. La causa del contrato de fianza es aumentar la seguridad de cobro del crédito del acreedor*» (cursivas nuestras). *Parece entonces seguro afirmar que*

la cláusula-FIDE no se aplicará a deudas de dinero asumidas por quienes hubieran cobrado por asumir el riesgo de impago del deudor principal, aunque la prima de riesgo que cobraron no fuera la prima de riesgo que hubieran cobrado si hubieran sabido del COVID.

STS 18 julio 2019 (misma fecha, pero distinta sentencia que la anterior). Sun Premier 2020 S.L. es una empresa de ingeniería, encargada de proyectar y llevar a cabo gestiones administrativas frente el gobierno francés tendentes a obtener derechos de explotación de parques de placas fotovoltaicas. El 5 de agosto de 2010, transmitió a Phoenix Solar S.L., por medio de un contrato marco, unos derechos de instalación de parques de placas fotovoltaicas en Francia. Este contrato marco se desarrolló posteriormente en una serie de anexos que constituyen cada uno de los proyectos específicos en los que Sun Premier llevó a cabo su labor de gestión. La cláusula tercera del contrato marco preveía que, *en caso de que un cambio legislativo modificara a la baja la tarifa asignada a los proyectos, el precio inicial de la compraventa de los derechos, así como el margen comercial, se ajustaría proporcionalmente a la baja en función de la diferencia entre el importe de la tarifa definitivamente asignada a los proyectos.* En el caso se discute si la moratoria aprobada por el gobierno francés, de acuerdo con la cual suspendía durante un año la compra de energías renovables, está incluida o no en la cláusula de revisión de precios del contrato y, por lo tanto, si tal circunstancia forma parte de los riesgos previstos por las partes en el contrato. En relación con la interpretación de la cláusula de reducción del precio del proyecto en caso de que una modificación legislativa diera lugar a la reducción del precio kilovatio pico, la sentencia no aclara si la misma incluye la contingencia de la moratoria. Solo se refiere expresamente a la previsibilidad de las modificaciones legislativas que podían afectar la reducción del precio kilovatio pico, al señalar que «puesto que ambas empresas se dedican profesionalmente al sector de la energía solar cabe pensar que, precisamente porque conocían, o podían conocer, que el precio kilovatio pico aprobado por tarifa podía ser modificado, introdujeron una cláusula de revisión del precio para ajustarlo a las variaciones que se produjeran». *Lo que está diciendo el TS, probablemente de manera excesiva, es que si las partes tuvieron previsión para estipular una cláusula de reparto de un riesgo determinado (modificación de la tarifa), también lo tenían para haber hecho lo propio con otro riesgo.*

4. La praxis de la negociación rebus

«Tendrá el derecho y la carga de solicitar la renegociación del contrato», según la cláusula FIDE. Ni la intención ni la expresión son felices. Todo sujeto y ninguno a la vez tiene «un derecho a la negociación» (dejo fuera la negociación colectiva laboral). Claro que puede proponer una renegociación quien no reúna los requisitos de «vulnerabilidad-rebus» del apartado 1. Tener un derecho quiere decir que hay una contraparte a la que se impone una obligación de derecho privado, cuyo contenido es *ponerse a negociar*. Tal obligación no existe fuera de la negociación colectiva laboral. Según el apartado 6, «el rechazo de mala fe por una parte de una oferta de renegociación» devenga deuda indemnizatoria, suponemos que por *culpa in contra-*

bendo. Pero eso también ocurre en una renegociación contractual sin presupuesto *rebus*. Todo el que se niega a renegociar *de mala fe* incurre en *culpa in contrahendo*. Lo mismo que si empieza a negociar (incluso de buena fe) y luego deja de seguir negociando *de mala fe*. Las consecuencias no están aquí cualificadas por la *rebus*.

Las consideraciones anteriores van encaminadas a esto. Todo contratante tiene *derecho* (*id est*, no está prohibido) a proponer una renegociación y todo cocontratante está *sujeto a responder de buena fe* a esta propuesta, se dé o no de inicio una contingencia-*rebus* en la parte que propone. Si la parte que propone no pudiera convencer *en el pleito* (no en la negociación), no tendrá éxito en su empeño, pero no por eso habrá perdido *retroactivamente* su *derecho a negociar*.

Regla. Pónganse a negociar sin mirar atrás para escudriñar si se encuentran en una auténtica contingencia-*rebus* o si solo han conseguido acreditar una *cuasi-rebus* o en una *mínima-rebus*. *La cláusula rebus no es el disparadero legal del deber de renegociar*.

La propuesta FIDE quiere ofrecer a las partes dos incentivos para la renegociación privada, lo cual es positivo. Así no se admitirá a trámite ninguna demanda en la que no se presente «un principio de prueba del intento de renegociación» (apartado 4). También, cuando una parte se empeñe en un pleito en que obtiene finalmente «un resultado menos favorable que el de una oferta de transacción formulada por la otra parte», será condenada al pago de las costas devengadas con posterioridad al rechazo de la oferta (apartado 5).

La idea del apartado 5 está tomada del artículo 4.1 del RDL 1/2017 (cláusulas suelo). Allí tenía sentido, aquí probablemente no. Porque en el procedimiento de reembolso del RDL 1/2017, la entidad estaba obligada a hacer una propuesta de reembolso. Pero aquí no está obligada ninguna parte a hacer una propuesta de transacción. Antes del proceso habrá propuestas y contrapropuestas, pero seguramente sin alcanzar un estándar de liquidez que permita comparar si alguna de ellas era menos favorable para la parte que insiste en el pleito. Lo de la transacción como tal tampoco tiene mucho sentido, porque no sería preciso que una parte ofreciera una transacción con renuncias bilaterales, pudiendo proponer solo una novación condonatoria o aplazatoria. Repárese, finalmente, en que el resultado menos favorable se mide respecto de la oferta de transacción *hecha por el otro*, no respecto de la que uno mismo hubiera hecho.

Pero hay más. Esta norma (apartado 5) crea incentivos poco claros. Si yo hago una «propuesta de transacción» es, naturalmente, maximizando de alguna forma mis expectativas. Espero que la otra parte me haga una contrapropuesta y me rebaje las expectativas. Es lo natural. En el texto FIDE parece que no es precisa la contrapropuesta. El juez no tiene incentivos razonables a sentenciar en los términos de la transacción, porque toda transacción incorpora el surplus que busca quien la hace y está sesgada. En consecuencia, el juez sensato debería sentenciar en términos tales que el resultado fuera «mejor» que la expectativa de quien rechazó la propuesta de transacción, eliminando así parte del surplus al que aspira el proponente. Y si el destinatario de la oferta hace una contrapropuesta de transacción, es humano que el juez divida la diferencia por mitad, por lo que tampoco se da el caso que ninguna de las partes quede con la sentencia «peor» que con la contrapropuesta de transacción presentada por la otra. Y todo eso suponiendo que se pueda hablar de «peor»

o «mejor» en cualquier propuesta compleja, que no consiste en el simple pago de una cantidad de dinero. AA ofrece a la contraparte una condonación del 15 % y una exoneración de pago de intereses de demora durante un año. BB la rechaza. El juez concede condonación del 18 % sin exoneración de intereses de demora. *¿Quid iuris?*

El procedimiento propiamente legal empieza cuando no se ha conseguido un acuerdo. En este caso, la parte perjudicada podrá pretender su revisión y, «si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes podrá aquél pedir su resolución» (apartado 2). La pretensión de resolución no será estimada cuando «quepa obtener de la propuesta de revisión ofrecida por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato» (apartado 3).

La pretensión de revisión procederá no «cuando ésta sea posible», sino *cuando el juez entienda que resulta procedente la doctrina rebus sic stantibus y si esta revisión es posible y puede ser impuesta a la otra parte.*

Tampoco se trata de que pueda en este caso «aquél pedir su resolución». Está claro que las pretensiones se formularán conjuntamente en la demanda, y como estas pretensiones no pueden satisfacerse simultáneamente, habrá que proceder a una acumulación subsidiaria de acciones. Sin perjuicio de que la pretensión de revisión pueda haber sido interpuesta por una parte, y la de resolución estar interpuesta por vía de reconvencción. Y si nadie pide revisión, el juez no puede revisar, aunque el juez en su ciencia interna entienda (seguramente de modo equivocado) que en el arcón de lo posible habría una solución revisora que «restaurara la reciprocidad de intereses del contrato». Más aún, aunque tuviera este convencimiento interno, tendrá que resolver, si es de aplicación la cláusula *rebus* y nadie ha pretendido revisar, por mucho que hubiera sido «mejor» revisar. De la misma forma, tampoco podrá resolver el juzgador si nadie lo pide. Si ahora se leen otra vez los apartados 2 y 3, se sorprenderá uno de cuánto están «despistadas» estas dos reglas, como si se hubieran escrito para regir en los cuernos de la luna en la que no se aplica la Ley de Enjuiciamiento Civil ni se estudia derecho procesal civil.

Con lo dicho, abandonamos definitivamente el análisis del modelo FIDE, que, como si nos hubiera servido de barcaza, nos ha permitido navegar a la playa de la *rebus*, en cuyo territorio entramos.

5. El modelo que se propone

Es evidente que el objetivo prioritario de la *rebus* como institución debería ser procurar y alentar que los contratantes renegocien en términos mutuamente satisfactorios. Pero la cláusula *rebus* como tal no crea incentivos a negociar, ni, *ceteris paribus*, puede crearse tal incentivo por la mera existencia —como en la propuesta FIDE— de un mandato perentorio a negociar bilateralmente de buena fe. En consecuencia, el incentivo poderoso a negociar debe ser buscado fuera de la cláusula *rebus* o de la *rebus* como institución mixta de regla material + procedimiento de aplicación.

Considero que existen en el estado presente (el «contexto COVID») dos mecanismos que pueden fungir de poderosos incentivos para negociar con fruto.

Primero, los tribunales están cerrados y no se sabe por cuánto tiempo más lo estarán. Y cuando dejen de estar cerrados, resultarán de hecho colapsados durante

un buen trecho de tiempo. Esto es *bueno* en lo que respecta al mecanismo sintetizado bajo la fórmula *rebus*. Las partes se encuentran entre sí en una especie de *estado de naturaleza* previa al derecho, estado en el que no pueden contar, por un tiempo indeterminado, con el recurso a tribunales que apliquen, bien o mal, normas jurídicas. En estas condiciones —utilizando la metáfora hobbesiana: *encadenado e impotente el Leviathán*— cada parte solo puede contar, si quiere hacer negocios, con la confluencia del interés mutuo. El negocio solo se mantendrá si las dos partes quedan *in the money* con la transacción, de forma que están cada una interesada en sostener un negocio que promueve sus propios intereses (junto a los del otro). En este estado de naturaleza ninguna de las partes puede contar con un tiempo pasado en el que le fue mejor. En particular, no puede contar con lo acordado en tiempos del pre-COVID, no puede atenerse a la regla *pacta sunt servanda* si se la quiere aplicar a transacciones cerradas antes del nuevo estado de naturaleza, que elimina el pasado. Las partes negociarán sin pasado, *rebus sic stantibus*, tomando el contexto COVID como la única realidad que queda y en la cual se determinará si una transacción está o no *in the money*.

Traigo a colación un texto de Marvin Harris (*Antropología Cultural*, 2018, p. 119):

Uno de los principios básicos del análisis ecológico afirma que las comunidades de organismo no se adaptan a las condiciones medias de sus hábitats, sino a las condiciones mínimas que les permitan seguir viviendo. Una formulación de este principio se conoce como *Ley de Liebig*: el crecimiento está limitado no tanto por la abundancia de todos los factores necesarios como por la disponibilidad mínima de cualquiera de ellos.

En el horizonte del COVID, la estrategia del juego debe ser *maximin*: un horizonte de desastre y sin derecho, donde cada parte racional debe elegir *depresivamente* la solución que minimice para él las pérdidas esperadas. En estas condiciones, habrá acuerdo.

El segundo modo de crear impulsos fácticos a la negociación requiere colaboración e inteligencia del Gobierno. Dentro o ya fuera del estado de alarma, se hará público que el Gobierno dictará por Decreto Ley una normativa civil de emergencia para ajustar los pagos y contratos mercantiles existentes. Se anuncia que esta norma será dictada dentro de tres meses y afectará todos los contratos vigentes en los que una parte se haya dirigido a la otra solicitando una renegociación-COVID y que a la fecha en que la norma anunciada esté en el BOE no haya sido objeto de novación o transacción. La norma se aplicará igualmente a contratos con pretensiones *sub iudice*, salvo que se haya dictado una sentencia firme, de forma que se eliminen incentivos de querer huir del fuego amparándose en una demanda. Plenos efectos retroactivos. Es esencial que ni el Gobierno, sus allegados, sus correveidiles, sus alcahuetes y consejeros, sus amigos y enchufados, revelen el alcance de esta futura norma. Más aún, que se gestione como un secreto absoluto, que no circulen copias en la Comisión de Subsecretarios, en el Gabinete del Ministro, en el Consejo de Estado. *No tiene ninguna importancia si la norma es buena o disparatada*. De hecho, ni siquiera tiene importancia que la norma finalmente se dicte o no. Lo esencial es que

durante tres meses las partes *que están interesadas en seguir estando in the money en el contrato comercial de que se trata* negocien «detrás del velo de la ignorancia».

Hay una tercera fórmula incentivadora, pero su efectividad ya depende de muchas variables, entre ellas el estado de ánimo de los abogados litigadores. A saber, que las condiciones de aplicación de la cláusula *rebus* sean tan inextricables y la previsión de resultado tan incierta, que hubiera que operar en la renegociación tras el velo de la ignorancia del derecho. Hasta el punto de que *la mejor cláusula rebus es la que no existe, y la second-best, la que nadie entienda*.

Las partes negociarán *de buena fe* si ambas consideran que, *descontando el tiempo pasado* (el paraíso pre-COVID durante el cual se firmó el contrato), todavía pueden hacer un negocio que interese a las dos partes en el peor desarrollo posible del contexto del COVID. Suponemos que son empresas, que actúan por ánimo de lucro, que quieren seguir negociando en su oficio, que no quieren retirarse del mercado y que tienen un determinado coste laboral. Como corolario de la primera condición, la negociación se producirá si la parte que ha quedado inmune al impacto-COVID puede, todavía, realizar un negocio de cobertura con un tercero, que le permita retener el provecho que obtenía con el contrato pre-COVID.

Rebus es un instrumento civil. Ni tiene como cometido generalizar la solidaridad entre los humanos ni puede emplearse para redistribuir riqueza ni es su función circumambular el derecho concursal.

Quiero decir con esto. Nadie puede ser civilmente obligado por un juez a mantenerse *out of the money* en un contrato revisado. Nadie puede ser mantenido obligatoriamente en un contrato revisado si es sujeto afortunado que puede hacer un negocio de cobertura en márgenes del pre-COVID. Se me dirá: pero esto es algo que también consideraría el juez que tuviera que aplicar la cláusula *rebus*. Yo lo dudo. Y no solo porque ahora tenemos que descontar otro factor de incertidumbre (¿qué clase de juez me tocará?), sino porque el mejor de los jueces no podrá tener nunca mejor ciencia al respecto que la que le comuniquen las partes, ambas, lógicamente, con estímulos poderosos a callar lo que no conviene y a mentir sobre lo que no se note. Un juez así ilustrado no tendría ningún soporte conceptual que le permitiera emitir una resolución que sea acomodada a la justicia y a la eficiencia. Es el juez el sujeto *menos capacitado en todo el universo del discurso para revisar «justamente» un contrato*. Solo ocurriría de otra manera si cada parte hubiera hecho durante el proceso (o antes) una oferta de transacción que fuera bastante líquida como para ser empaquetada en términos mensurables. El juez entonces dividirá la diferencia por mitad. Mas si este será (y será) su cometido y tal cosa es un extremo que las dos partes son plenamente capaces de anticipar, *se aborranarán razonablemente el tiempo de espera y el coste del proceso procediendo por acuerdo a dividir la diferencia por la mitad*.

Regla. La institución *rebus* nunca debe ser empleada de forma que atribuya a jueces civiles dictar sentencias de revisión de contratos existentes. Como cuenta Plutarco, no sé si de Agesilao o de Pausanias (ambos reyes de Esparta en distintos tiempos), enfrentado a un intrincado pleito, citó a las partes para que se pasaran por la corte de hoy a 100 años a escuchar el veredicto.

En rigor, no pueden defenderse en el contexto-COVID decisiones descentralizadas heterónomas. Si alguna instancia tiene que decidir por los contratantes, que sea

el legislador, creando para todos los afectados condiciones homogéneas de competencia. Nuestro sistema económico no podría soportar el coste de que todo juez de primera instancia se permitiera (honestamente, no se discute) tener una propia vara de medir la *rebus* o los euros a repartir.

Regla. El RDL 16/2020 ha tenido como cometido acomodar lo mejor que se puede todas las estancias del reino del concurso de acreedores, vaticinando la multitud de sujetos y empresas que tendrán que hacer uso del derecho concursal. El concurso es algo que tiene que estar tan asumido como la *rebus*, que no es un paliativo del concurso. Más aún, aunque es más caro de gestionar, es seguro que con el concurso se crean mecanismos de tomas de decisiones mejor informadas que con la *rebus*. Ya es tarea del Gobierno preocuparse menos de sacar al BOE el tocho insoportable del TR de la Ley Concursal y reflexionar más sobre cómo se puede lubricar aún más el funcionamiento del concurso.

Regla. Esta que se expone no es la síntesis de todos los casos de depauperamiento empresarial en el contexto COVID. Pero sí representa un tipo frecuente. Si, *ceteris paribus*, ocurre que el deudor no puede pagar o cumplir porque su *cash flow* post-COVID no le permite atender el pago de sus deudas empresariales, debe incumplir y esperar a 31.12.2020 para irse al concurso. Repárese en que esta espera es como la que ingenió el mencionado rey de Esparta: de momento, *pasad por aquí en enero, a ver si la cosa ha mejorado*. Incentivo poderoso para negociar.

Todo incumplimiento justificado por el contexto-COVID estará exonerado de los costes propios del incumplimiento. *Rebus* es, entre otras cosas, un caso fortuito, y el incumplimiento no es culpable. No se aplicarían contra el deudor las cláusulas penales pactadas.

Regla. Si por un acaso la contingencia COVID permitiera al deudor hallarse en el nicho *rebus*, habiendo superado con éxito el riguroso examen de ingreso exigido por la jurisprudencia civil vigente, puede demandar la resolución. La resolución no prosperaría si el juzgador estimara que estamos no más que ante una *cuasi-rebus*. Tampoco prosperaría si el acreedor acreditara haber hecho una oferta de transacción *prima facie* no insignificante. No es que en estos casos el juez hubiera de revisar el contrato, en lugar de estimar la resolución, sino que simplemente desestimaría. Ciertamente, se dará el caso posible de que el juez *envíe al concurso a un «buen» deudor*. Pero si es de verdad «bueno» ya llegará a un arreglo con el acreedor o —al menos así rezan los principios— saldrá *su empresa* (aunque no precisamente «él») *robustecida del concurso*.

En contratos con consumidores no puede ser aplicable la cláusula *rebus*. En el caso raro de que sea el consumidor el que no pueda soportar una carga duradera, debe poder marcharse por simple resolución en la que se le obligaría a pagar una fracción de los costes de amortización del activo devuelto (aplíquese por analogía lo dispuesto en el artículo 11 LVPBM). Pero en los casos más importantes (hipotecas sobre vivienda habitual), el deudor no podrá materialmente resolver por haber incurrido en un contexto de dificultad *rebus*. No podrá haber moratorias y condonaciones otras que las que imponga una norma con rango de Ley. Si no resolviera el consumidor, y el empresario pretendiera la ejecución judicial del crédito, entrarían en acción el centón de normas ya existentes protectoras de sujetos vulnerables, des-

de la suspensión de ejecuciones hasta el límite de embargabilidad. Si fuera el empresario el que no pudiera cumplir su prestación en el contexto-COVID, el consumidor podría resolver el contrato sin más. El consumidor no es un agente económico con ánimo de lucro y actúa en el mercado consumiendo de sus ahorros. No se puede decir a un consumidor: el viaje fantástico a la luna ya no puede ser, pero un viajecito más modesto de una semana en Punta Cana todavía *estaría in the money para ti*. El consumidor no es agente económico al que esta consideración le pueda ser hecha, *porque su «surplus» contractual nunca es patrimonial mientras opere como tal consumidor* (por eso, contra viento y marea sigo afirmando: una persona física no es consumidor en tanto actúa como *inversor* en el mercado) y, por ende, no tiene que obedecer a consideraciones *racionales* de mercado.

Regla final. Si no existen disposiciones legales que impongan otra solución (por ejemplo, la del artículo 1575 CC), *las pretensiones de resolución «rebus» solo deben estimarse «en el límite»*. En matemáticas, un «límite» es una magnitud a la que se acercan progresivamente los términos de una secuencia infinita de magnitudes, expresa la «tendencia» de una función, pero que *nunca se alcanza*.

COVID-19, fuerza mayor y contrato, en el amplio panorama del derecho de los desastres

*Carmen Jerez*¹

Universidad Autónoma de Madrid

*María Kubica*²

Universidad Loyola Andalucía

*Albert Ruda*³

Universidad de Girona

1 carmen.jerez@uam.es. Como coordinadora, he realizado el primer borrador del trabajo, los apartados 1 y 2, el punto [11] del apartado 3, los apartados 5 y 6, así como la revisión final del texto, con vistas a su coherencia interna y formato uniforme.

2 Es autora del informe sobre el artículo 79 CISG que se presenta en el apartado 3.

3 Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación I+D+I DER2016-77229-R, del Ministerio de Economía y Competitividad, del que el autor es uno de los IP (albert.ruda@udg.edu). Autor del apartado 4.

El COVID-19 ha puesto de relieve la necesidad de tomarse en serio el régimen jurídico de los contratos en situaciones de crisis, que afectan ya y afectarán en el futuro a la humanidad, pues hablamos de un mercado globalizado. Ni estas crisis pueden dar lugar a una resolución automática de los contratos, ni el principio según el cual los contratos son ley entre las partes y han de ser conservados (*pacta sunt servanda*) puede ser una solución acertada, ya que es contrario a la equidad o a la buena fe que uno de los contratantes asuma el riesgo de un evento imprevisible e inevitable, ajeno totalmente a su voluntad y esfera de control, que altera profundamente las condiciones que constituían la base sobre la que se contrató. Una propuesta de regulación del derecho de contratos en situaciones de crisis debe tener en cuenta que la exoneración de responsabilidad del deudor incumplidor debida a un impedimento de estas características es la primera respuesta general que debe admitirse, si bien con carácter provisional y procurando mantener el contrato. Y que, más allá de esta solución, otros remedios son posibles según la situación se agrave o endurezca para uno o ambos contratantes.

1. Planteamiento

El COVID-19 ha suscitado un interés global por conocer las consecuencias que tendrá este fenómeno en las relaciones contractuales que se han visto sorprendidas por la pandemia. Es lógico que algunos hayan hablado de una pandemia del contrato, al advertir que el incumplimiento contractual puede incrementar notablemente al haberse visto paralizada la actividad económica de modo brusco, inesperado e imperativo. A la vez, es deseable la vuelta a la normalidad y lógicamente se atisba como horizonte —más o menos próximo— una superación de la crisis, lo que permite hablar del carácter provisional de las circunstancias que atravesamos. Con todo, algunos auguran panoramas menos halagüeños, para los que también conviene estar preparados.

Todo ello justifica tener presente, al abordar la cuestión de la fuerza mayor y el contrato, no solo el irremediable incumplimiento concreto de determinadas prestaciones, sino también el posible cumplimiento futuro de estas, de un lado, o bien un empeoramiento de las circunstancias que lleve a la imposibilidad definitiva de cumplimiento, al menos en los términos en que se pactó el contrato.

El objetivo de este trabajo es aportar un esbozo de regulación que aborde los diversos escenarios que, sucesiva o simultáneamente, pueden emerger. Lo haremos a modo de propuesta. Como punto de partida es necesario, con este propósito, ver el lado cóncavo y convexo de la relación jurídica, pues interesa tanto a la economía defender al deudor como los legítimos intereses del acreedor: Para ello, debemos aproximarnos a la materia objeto de estudio desde una perspectiva de búsqueda del razonable equilibrio de las prestaciones y reparto de riesgos, conforme a la buena fe o equidad en el ejercicio de los derechos.⁴

La pandemia ha sido para nuestra generación algo nuevo, inusual, absolutamente inesperado, tanto así que en muchos contratos no hay redactada una cláusula que prevea cuáles serán las consecuencias jurídicas de una situación semejante. Pero pandemias ha habido siempre y, por tanto, encontramos con toda seguridad en los cimientos de nuestros grandes sistemas jurídicos medidas adecuadas para superar satisfactoriamente la crisis en lo que a contratos se refiere.⁵ Una síntesis de las tradiciones jurídicas del *Civil Law* y del *Common Law* se contiene, en materia de contratos en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980 (en adelante, CISG).⁶

Por esta razón, así como por el enorme impacto de la CISG en el derecho interno de la inmensa mayoría de los países del mundo,⁷ que la han ratificado, constituye este un perfecto elemento de referencia actual para analizar la cuestión de la fuerza mayor en el moderno derecho de contratos. No obstante, al abordar su estudio lo haremos desde una perspectiva crítica, que permita mejorarlo a la hora de elaborar, si fuera necesario, textos legislativos nacionales que afronten las consecuencias del COVID-19 en los contratos, sean civiles o mercantiles, así como en otros ámbitos especialmente afectados (por ejemplo, la insolvencia en el sector empresarial).⁸ El

4 Como ha explicado Beatriz Gregoraci Fernández (Webinar *Comparative Corona Law*, 22.5.2020, coordinado por Karin Sein y Hugh Beale), la buena fe contractual constituye un límite para el recurso a determinados remedios cuando no concurren las circunstancias propicias (alude en concreto a la resolución del contrato).

5 Manuel Ángel Bermejo Castrillo («La imposibilidad sobrevenida de la prestación en la legislación histórica castellana y en el derecho de la codificación». En *La responsabilidad contractual en su formulación histórica y en su configuración actual*. Dykinson, 2015, pp. 13-214) realiza una deliciosa descripción de la evolución de la responsabilidad civil contractual desde el derecho romano a la actualidad. Como explica el autor, «la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable» constituye «un límite seguro a la responsabilidad contractual» (p. 22).

6 Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Civitas, 1998. Prólogo.

7 El impacto de la CISG en el derecho interno de la inmensa mayoría de los países del mundo, que la han ratificado, se ha hecho notar, como puede observarse en las reformas o incorporación a Códigos civiles tales como el alemán, francés, chino o turco. En otros países, como es el caso de España, este impacto se advierte a través de la jurisprudencia, que reinterpreta el Código Civil a partir de las claves de la CISG.

8 Un sector de la doctrina española ha aplaudido en este sentido al legislador alemán, que el 27 de marzo de 2020 abordó ya las consecuencias de la crisis en el ámbito civil, concursal y procesal penal. En concreto, Bruno Rodríguez-Rosado y Antonio I. Ruiz («Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y Covid-19». *Almacén de Derecho*, 16 de abril de 2020; <https://almacenederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19/>; y Carlos Gómez Ligüerre («Fuerza

legislador no está tardando en reaccionar, pero qué importante es acertar.⁹

2. La fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad por el incumplimiento contractual

[1] **Definición de fuerza mayor.** Se entiende por fuerza mayor un hecho imprevisible e inevitable, de naturaleza tal que impedirlo queda fuera de la esfera de actuación de una persona con diligencia media, por lo que no le es exigible hacerlo.

[2] **Justificación de la exoneración de responsabilidad.** En las reclamaciones de responsabilidad, contractual o extracontractual, si el demandado logra probar la imposibilidad de reaccionar frente un evento dañoso originado fuera de su esfera de control, queda exonerado de indemnizar, pues falta la relación de causalidad entre su conducta (por acción o por omisión) y el resultado dañoso.¹⁰

En el ámbito contractual, existe fuerza mayor cuando el hecho irresistible es tal que provoca la lesión del derecho de crédito de uno de los contratantes, sin que quepa hablar de culpa o negligencia del deudor.¹¹ Por más que uno de los contratantes se hubiera comprometido personalmente a alcanzar un determinado objetivo o el cumplimiento de una prestación, cuya consecución ha quedado frustrada (en todo o en parte), el resultado dañoso no le es imputable si tuvo su origen fuera de su esfera de control y era imposible detener el proceso que causa el resultado dañoso, o —lo que es lo mismo— era imposible evitar el daño. Desde una perspectiva anglosajona se llega a la misma conclusión, alegando que no puede presumirse que nadie asuma más riesgo en los contratos que el que era previsible.¹²

mayor», *InDret*, 2.2020; <https://indret.com/fuerza-mayor/>). Mientras los primeros buscan aportar criterios valiosos para elaborar una norma aplicable a los contratos afectados por la pandemia, el segundo detalla la «frenética actividad normativa» desarrollada por el legislador español (p. ii) y aboga por no confiar a los jueces «la solución de un problema que es general» (p. xi). Coinciden todos en que, de no intervenir el legislador, se ralentizará la justicia llegando incluso al colapso.

9 Una visión panorámica de la reacción en distintos ordenamientos europeos y latinoamericanos se presenta en el reciente número de la *Revista de Derecho Civil* (vol. VII, N.º 2, 2020). <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/index>

10 Una perspectiva actual de los presupuestos esenciales de la responsabilidad civil puede verse, recientemente, en la obra de Marcelo López Mesa, *La responsabilidad civil. Sus presupuestos en el Código Civil y Comercial* (Buenos Aires, 2019, pp. 118-176). Como explica el autor, «no puede existir causalidad sin previsibilidad» (p. 172).

11 Si el daño fue consecuencia del incumplimiento del deber de previsibilidad, cautela o prudencia por parte del deudor, no concurre el supuesto de fuerza mayor: la omisión por el deudor de la diligencia debida le hace responsable del daño. Solo cuando no existe relación de causalidad entre la conducta del deudor y la imposibilidad de cumplimiento (total, parcial, provisional o definitiva) cabe hablar de exoneración de responsabilidad del deudor.

12 John Cartwright (*Contract Law*, Hart Publishing, 2007, p. 235) justifica la exoneración de responsabilidad de quien contrató sobre la base de unas circunstancias que permitían prever un determinado equilibrio de prestaciones, que después se han visto profundamente alteradas por causas ajenas a su voluntad: los riesgos asumidos por el contratante son aquellos que eran previsibles atendiendo a las circunstancias existentes al tiempo de contratar. Si las circunstancias eran otras, distintas a las que las partes pensaban, al tiempo del contrato, estaríamos ante un vicio del consentimiento. Si las circunstancias cambiaron una vez cumplido el contrato, no hay problema para las partes. Pero si el contrato se

Si esto es así en sistemas de responsabilidad contractual objetiva, como es el establecido en la CISG, propio del derecho anglosajón, en los que la exoneración de responsabilidad se explica desde la óptica de un sistema de reparto de riesgos, cuánto más lo será en los sistemas de responsabilidad por culpa, como han sido tradicionalmente los de corte latino y germánico (aunque les vaya alcanzando la tendencia objetivadora impuesta por la CISG, con la consiguiente interpretación del derecho interno desde la teoría del reparto del riesgo, como se verá más adelante en la presentación del derecho español que ofrece Albert Ruda).

[3] **Alcance de la exoneración de responsabilidad.** La indemnización por daños es uno de los remedios comunes a los diversos ordenamientos jurídicos frente al incumplimiento contractual. Es precisamente a este remedio y solo a él al que afecta el hecho constitutivo de la fuerza mayor, exonerando al demandado de responsabilidad por el incumplimiento total o parcial del contrato.

La fuerza mayor no conduce a la necesaria extinción de la relación jurídica contractual. Sería un error considerar que la apreciación de la fuerza mayor supusiera la automática resolución del contrato, o la automática rebaja del precio, o la automática suspensión del propio cumplimiento. Estos remedios perviven y el acreedor puede acudir a ellos para reequilibrar las prestaciones del contrato, readaptándolo. Distinto es el caso de la frustración del fin del contrato.

[4] **La fuerza mayor no supone necesariamente la frustración del fin del contrato. Diferencia.** Aunque el desencadenante pueda ser un mismo hecho (la pandemia o —mejor dicho— las medidas de seguridad sanitaria impuestas con ocasión de la pandemia), conviene distinguir los supuestos de fuerza mayor y los supuestos específicos de frustración del fin contractual. En estos últimos procede la resolución del contrato por una alteración sobrevenida de las circunstancias, que supera los riesgos asumidos en el contrato, desestabiliza de modo irreversible la base sobre la que se contrató y/o vacía de contenido al contrato.

Pensémoslo desde la perspectiva práctica.¹³ Veamos algunos casos frecuentes ocasionados por la pandemia y detectemos las diferencias entre la fuerza mayor y aquellos casos de frustración del fin contractual:

Primero: la arrendadora de una habitación no puede desahuciar a la inquilina, profesora de inglés, por haberse suspendido los procedimientos de desahucio en general. En este caso, podemos analizar dos variantes:

Variante A: la arrendataria no puede pagar la mensualidad correspondiente porque se ha quedado sin trabajo como consecuencia de la pandemia, pero sigue ocupando el inmueble arrendado. El incumplimiento de la obligación de pago puede considerarse justificado por causa de fuerza mayor. Si bien a la inquilina no le es

celebró sobre determinadas circunstancias, ciertas y correctamente comprendidas por las partes y, de modo sobrevenido, antes del cumplimiento, se produce una alteración esencial de las mismas, cualquiera de las partes podrá alegar el desequilibrio de las prestaciones (*the changed circumstances affect the contractual balance*) e invocar un remedio conforme a las nuevas circunstancias (*such as a release from the contract, or an adjustment of the terms of the contract*).

13 El Centro de Estudios de Consumo (CESCO) dirigido por el profesor Ángel Carrasco Perera ofrece en su web un rico menú de estudios prácticos con ocasión del Covid-19, cuya visita recomendamos a estos efectos: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/>

exigible la indemnización correspondiente al impago de la renta en el tiempo oportuno, ¿podrá exigirle el pago la arrendataria, más adelante, si la situación económica mejora para la inquilina, que encuentra clientes a los que dar clases de inglés *online*? A nuestro juicio, sí. La fuerza mayor solo exonera del deber de indemnizar por el incumplimiento específico de la prestación, pero no exonera de la obligación de cumplimiento.

Variante B: en el contrato de arrendamiento se contiene una cláusula conforme a la cual la relación contractual podrá resolverse si existen problemas de convivencia entre las partes arrendadora y arrendataria. Con ocasión de la pandemia surgen enfrentamientos entre la arrendataria y los familiares de la arrendadora, que quieren proteger la salud de su madre, mujer de riesgo, y tratan de evitar las salidas en metro de la inquilina, obteniendo de esta una reacción desproporcionada e hiriente, con el consiguiente daño moral. En puridad, es obligación de la arrendataria abandonar la casa si la dueña resuelve el contrato conforme a la mencionada cláusula. Sin embargo, si incumple esa obligación y permanece en la casa, acogida además a una suspensión generalizada de los procedimientos de desahucio, la situación de fuerza mayor justifica —solo provisionalmente— que quede exonerada de la indemnización correspondiente al incumplimiento de su obligación del deber de desalojar la casa. Desde el momento en que para la inquilina sea posible mudarse a un nuevo alojamiento en condiciones seguras, deberá hacerlo, cumpliendo así con su deber de mitigar el daño; de lo contrario, deberá indemnizar por el incumplimiento, sea ahora, sea más adelante.¹⁴

Segundo: distinto al anterior es el caso del cliente de una aerolínea que tiene reservado su vuelo y finalmente no ha podido viajar a causa de la pandemia. Es un caso de imposibilidad sobrevenida o frustración del fin contractual, que podrá resolverse mediante acuerdo de las partes en la resolución del contrato o en el aplazamiento del viaje. Pero que, en todo caso, legitimará al cliente para resolver el contrato y exigir la devolución del coste total del producto.¹⁵

[5] **El mantenimiento del contrato.** La fuerza mayor es perfectamente compatible con el principio de conservación del contrato: el contrato puede tener sentido para las partes y por eso se mantiene.

La exoneración de la responsabilidad del deudor en relación con la indemnización por incumplimiento contractual es, pues, la consecuencia jurídica propia de la fuerza mayor. Y, dado que el acreedor verá perjudicado su derecho de crédito como consecuencia del evento dañoso o fuerza mayor, es importante analizar de qué remedios dispone, dentro del contrato, para que el daño sea lo menor posible.

14 Con acierto ha explicado Matilde Cuenca Casas («Arrendamientos en tiempos de COVID-19. Problemas y medidas». *Hay Derecho*, 6 de mayo de 2020) que, si bien hay que «evitar que una familia se vea en la calle cuando hay un problema de salud pública», «también hay que evitar el riesgo moral y los abusos».

15 Al respecto, Alicia Agüero Ortiz ha criticado que se presente como medida de tutela de los consumidores el canjeo de sus vuelos por un bono que les permitirá viajar en el futuro, ya que el consumidor —en puridad— tienen derecho a exigir el reembolso de la cantidad pagada («Reduciendo los derechos de los consumidores en tiempos de COVID-19: limitaciones al derecho al reembolso de viajes combinados violando el derecho de la Unión Europea». *HayDerecho*, 3 de abril de 2020. <https://hayderecho.expansion.com/autor/alicia-aguero/>).

[6] **Posposición de la obligación de cumplimiento y deber de colaboración para mitigar el daño.** Corresponde al deudor el deber de colaborar con el acreedor para mitigar el daño, cumpliendo tan pronto como sea posible, aunque no tenga que indemnizar por el retraso o mora causada inevitablemente por el evento fortuito. La fuerza mayor no implica que no sea exigible al demandado el resarcimiento de otros daños —distintos de los causados por el evento imprevisible— que sí pudieron haberse previsto o evitado (por ejemplo, una demora en el cumplimiento, una vez superadas las circunstancias de fuerza mayor).

[7] **Más allá de la fuerza mayor (exoneración de responsabilidad por incumplimiento): la excesiva onerosidad sobrevenida/*bardship* (reequilibrio de las prestaciones) o, subsidiariamente, la frustración de fin contractual (resolución del contrato).** Si, como consecuencia de las mismas circunstancias que generaron la fuerza mayor, se diera una situación en la que cabe hablar de pérdida de las expectativas esenciales de las partes en el contrato, estas quedan obligadas a buscar un reequilibrio de las prestaciones, conforme al principio de buena fe contractual, que de modo razonable salve en lo posible el fin contractual. Pero entonces salimos ya del ámbito estricto de la fuerza mayor, como causa de exoneración de responsabilidad por el incumplimiento, y entramos en la alteración sobrevenida de las circunstancias¹⁶ o incluso en la frustración del fin contractual si el contrato quedase vacío de contenido o la renegociación resultase infructuosa. En el primer caso, en ausencia de causa que justifique la resolución, las partes permanecerán en el contrato, y dispondrán de los remedios ordinarios frente al incumplimiento, excepto el indemnizatorio (en lo que resultó afectado por la fuerza mayor), para seguir adelante con el mismo. Por ejemplo, la rebaja del precio, u otro modo de adaptación del contrato a las circunstancias. Subsidiariamente, si esto no fuera posible por haberse frustrado el fin contractual, las partes pueden dar por terminado el contrato, notificándolo con las pruebas correspondientes. Ambas alternativas entran bajo la doctrina *rebus sic stantibus* (aplicada, entre otros, por los tribunales españoles), que busca paliar los efectos de los principios *pacta sunt servanda* y de seguridad jurídica, con los principios de buena fe, justicia y equidad en el orden económico: se busca así reestablecer —siempre que sea posible— el equilibrio de las prestaciones roto de modo imprevisible e irremediable, o —en última instancia— evitar que una de las partes asuma las duras consecuencias de un evento de tal envergadura que quedó fuera de su esfera de control y que alteró profundamente las circunstancias en que se celebró el contrato.¹⁷

16 Algunos sistemas del *Civil Law*, por influjo del derecho uniforme y del denominado *soft law*, han incorporado este supuesto a los Códigos Civiles, admitiendo como solución intermedia, previa a la resolución del contrato, la posibilidad de renegociar los términos iniciales, con el fin de alcanzar un nuevo equilibrio de las prestaciones, manteniendo el contrato (por ejemplo, el § 313 BGB, tras la reforma de 2002). Al respecto, puede verse el trabajo de Lis Paula San Miguel Pradera («La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea». *Anuario de Derecho Civil*, 2002-III, pp. 1115-1132).

17 Ignacio Albiñana Cilveti, «La reciente doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicación a las operaciones inmobiliarias». *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 49-2018, pp. 115-140.

Por ejemplo, si desde Madrid, con una antelación de cuatro meses, se hizo la reserva de un apartamento en la costa alicantina y, tres semanas después, los poderes públicos impusieron medidas coactivas que impedían los traslados entre provincias a causa del COVID-19, el contrato continúa siendo eficaz, en tanto exista aún utilidad previsible para las partes. Si, como consecuencia de esas mismas medidas, el arrendador quedase privado de realizar su trabajo y por tanto no pudiese en tiempo oportuno efectuar el adelanto de la renta a que se había obligado, no por ello se extingue el contrato ni se le exigirá responsabilidad alguna. Ahora bien: si llegada la fecha se mantuvieran las medidas que impiden al arrendatario trasladarse de provincia, no estaríamos ya ante un caso de fuerza mayor sino de alteración sobrevenida de las circunstancias, que justificaría que las partes se pusieran de acuerdo para renegociar el contrato (por ejemplo, aplazando el alquiler) o bien —si esto no fuera posible— resolverlo por frustración del fin del contrato, sin que ello tenga consecuencias negativas para ninguno de ellos, si actuaron conforme a la equidad o buena fe.¹⁸

Por todo esto, si se desea prever en un contrato todo el abanico de situaciones que puede provocar un suceso imprevisible e inevitable, que queda fuera de la esfera de control de los contratantes, más allá de una cláusula de fuerza mayor (que puede o no existir de modo expreso), debe redactarse una cláusula de *hardship* o excesiva onerosidad, y puede extenderse también una cláusula específica para la frustración del fin del contrato. Teniendo todas estas figuras su origen en un evento imprevisto e inevitable, cada una de ellas aporta un remedio distinto, desde el más suave (en el caso de fuerza mayor) al más fuerte (en el caso de frustración del fin del contrato), pasando por un punto intermedio (en el caso de excesiva onerosidad).¹⁹ Veámoslo a continuación.

[8] **Cláusulas de fuerza mayor: posibilidad de prescindir de ellas en los contratos.** Los contratos internacionales contienen, con mayor frecuencia que los nacionales, cláusulas de fuerza mayor, que contemplan las consecuencias que sobre el contrato tendrían situaciones como una guerra, epidemia, incendios, huelgas y demás eventos imprevisibles e inevitables. En ellas se dispone que cuando el incumplimiento esté justificado a consecuencia de la fuerza mayor, no existirá responsabilidad del deudor por el retraso en el cumplimiento, siempre que lo notifique al acreedor presentando prueba de los hechos, y manteniendo la obligación el deudor de adoptar las medidas necesarias para limitar los efectos del daño en el interés del acreedor. La mejor doctrina explica que estas cláusulas no son necesarias en realidad, «pues todos los sistemas jurídicos prevén la misma consecuencia legal (exone-

18 «Cuando el “resultado” propuesto en el negocio no se alcanza de modo completo y queda insatisfecho el interés de alguna de las partes surge una cuestión: ¿hasta qué punto se justifica la subsistencia del negocio?» (Antonio M. Morales Moreno, «El «propósito práctico», y la idea de negocio jurídico en Federico De Castro. «Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico». *La modernización del derecho de obligaciones*. Civitas, 2006, p. 332).

19 Al respecto, véase el excepcional estudio de Isabel González Pacanowska, «Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de circunstancias». En Isabel González Pacanowska & Carmen L. García Pérez (Coords.), *Estudios sobre incumplimiento y resolución*. Thomson-Reuters Aranzadi, 2015, pp. 141-213.

ración de la obligación de indemnizar por daños y perjuicios si el incumplimiento contractual se debe a fuerza mayor)», e incluso el *common law* la considera cláusula implícita.²⁰

[9] **Cláusulas de fuerza mayor: posibilidad de completarlas con cláusulas de *hardship* o excesiva onerosidad sobrevenida.** El supuesto de hecho de la fuerza mayor y de la excesiva onerosidad o *hardship* tiene como denominador común el evento imprevisible e inevitable; sin embargo, las consecuencias jurídicas son distintas, pues mientras en los casos de fuerza mayor se mantienen los términos del contrato, en los de *hardship* está justificada la renegociación del este habida cuenta de lo excesivamente oneroso que —de forma sobrevenida— se ha hecho el contrato para una de las partes, siendo contrario a la equidad o buena fe hacer que asuma todos los riesgos o consecuencias derivadas de un evento irremediable, que estaba fuera de su esfera de control y de toda previsión. A falta de acuerdo, en un plazo razonable, las partes pueden dar por terminado el contrato. En la redacción de cláusulas de *hardship* suele disponerse que «si cualquiera de las partes hubiese obtenido un beneficio previamente a la terminación del contrato, debido a cualquier acto de la otra parte realizado en ejecución del contrato, deberá compensar a la otra parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido».²¹

Corresponde a la parte que alegue la dificultad notificarlo a la otra parte, con prueba de los hechos, y poner todos los medios para mitigar los daños en lo posible.

[10] **Cláusulas de fuerza mayor: posibilidad de extenderlas a supuestos de frustración del contrato «a través de una cláusula adicional».**²² El origen del supuesto de hecho también aquí es el mismo (evento imprevisible e inevitable), pero las consecuencias jurídicas son distintas ya que, mientras en los casos de fuerza mayor se mantiene el interés en el contrato (y por tanto sus efectos se refieren a la exoneración de responsabilidad por mora o retraso en el cumplimiento), en el caso de frustración del fin contractual carece de sentido ya el contrato y, por consiguiente, sus efectos consistirán en la legitimación de cualquiera de las partes contratantes para solicitar su resolución o terminación. En el derecho anglosajón, esta doctrina tiene su origen en los conocidos casos de la coronación,²³ y de hecho en el *common law* se aplica directamente (y ha sido incorporada por los sistemas germánicos y escandinavos); pero no sucede lo mismo en los sistemas de corte latino, donde

20 Sixto Sánchez Lorenzo, *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*. Atelier, 2012, pp. 405 y ss, p. 411. Las cláusulas suelen especificar también que si la duración privase esencialmente a las partes (o a una de ellas) de sus legítimas expectativas, tendrán derecho a terminar el contrato notificándolo a la otra parte en un plazo razonable. Los beneficios obtenidos durante la fase previa del contrato merecerán una compensación por el pago del equivalente (es decir, se reequilibra la base negocial del contrato, con vistas a su liquidación).

21 Sixto Sánchez Lorenzo, *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*. Atelier, 2012, pp. 421-432, p. 424.

22 Sixto Sánchez Lorenzo, *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*. Atelier, 2012, pp. 405-420, pp. 412-413.

23 Estando todo preparado para el desfile del Rey, este no se produjo por causa sobrevenida, con lo que los contratos de alquiler de balcones para contemplarlo quedaron resueltos, teniendo los arrendatarios derecho a la devolución de las cantidades entregadas como consecuencia de la frustración del fin contractual o no pudiendo ser obligados al pago en el caso de que aún no hubiera sido efectuado.

es posible que no se encuentre expresamente contemplada, por lo que se aconseja redactar la cláusula de fuerza mayor considerando adicionalmente los supuestos de frustración del contrato.

3. Particular consideración de la fuerza mayor en la CISG

[11] **Consideraciones previas.** A diferencia de los sistemas codificados, donde tradicionalmente se regulaba el incumplimiento contractual y sus remedios de forma dispersa, la CISG sintetiza su régimen jurídico a partir de un concepto amplio de incumplimiento contractual y un sistema articulado de remedios frente al incumplimiento.²⁴

Para llegar al concepto amplio de incumplimiento, la CISG parte de la idea anglosajona del cumplimiento de la obligación. El deudor es el sujeto obligado, no tanto al cumplimiento de una prestación determinada, sino a la satisfacción del interés contractual del acreedor. Por ejemplo, en las obligaciones de dar, el deudor no queda liberado solo por la entrega de la cosa, sino por la entrega de una cosa que sea conforme a lo estipulado en el contrato (principio de conformidad de la mercadería). Constituyen un incumplimiento contractual, por tanto, no solo la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, sino también el cumplimiento defectuoso y la mora.²⁵

En torno a este concepto amplio de incumplimiento, se configura un haz de remedios para defender el interés del acreedor, siendo el remedio indemnizatorio compatible con todos los demás: si lo que el deudor entrega no es conforme con lo estipulado en el contrato, deberá sustituirlo por algo que lo sea, o bien admitir una rebaja del precio (lo que supone una adaptación del contrato), es decir, se mantiene la obligación de cumplimiento. Si el deudor no cumple, el acreedor podrá suspender el propio cumplimiento (*exceptio non adimpleti contractus*). Si el incumplimiento contractual fuera grave (esencial), el acreedor estará legitimado para resolver el contrato, notificándolo al otro contratante.

La fuerza mayor, en este sistema, constituye una válvula de escape para el deudor que no pueda satisfacer el interés contractual del acreedor debido a acontecimientos que escapan de su esfera de control, y está contenida en el artículo 79 CISG.²⁶

24 Al respecto puede verse el trabajo de Antonio Manuel Morales Moreno, «Autonomía de la voluntad y responsabilidad en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías». En *La modernización del derecho de obligaciones*. Civitas, 2006, pp. 203-221.

25 Así lo explica Antonio Manuel Morales Moreno al analizar la «Evolución del concepto de obligación en derecho español» (en *La modernización del derecho de obligaciones*. Civitas, 2006, pp. 17-54, pp. 36-53), que es resultado del impacto de la CISG en nuestro sistema y que opera —hasta el momento— por vía doctrinal y jurisprudencial.

26 A juicio de Pablo Salvador Coderch, originariamente se quiso evitar que el deudor se amparase en esta norma para supuestos de *hardship clause*, teoría de la imprevisión, *Geschäftsgrundlage*, o *rebus sic stantibus* («Comentario al art. 79». En Díez-Picazo (Dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, 1998, Civitas, pp. 642-643): «El artículo 79.I no permite modificar la obligación del deudor para *adecuarla* a las nuevas circunstancias en tanto en cuanto no extingue la obligación originaria sino que, en su caso, sólo permite al deudor exonerarse de la obligación de

[12] **Exoneración de responsabilidad (artículo 79 CISG).** Desde el derecho romano, la máxima *pacta sunt servanda* convive con otra según la cual «nadie está obligado a lo imposible». ²⁷ El artículo 79 CISG plasma esta combinación de máximas. ²⁸ La carga de probar la imposibilidad de cumplir recae sobre el sujeto que la alega, ²⁹ y tres son los elementos esenciales de esta: que la falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a la voluntad del deudor, que no era razonable considerar el impedimento al tiempo de celebrarse el contrato y que no lo era tampoco esperar que lo superase o pudiera evitar sus consecuencias. La doctrina habla de un impedimento imprevisible, inevitable e insuperable. ³⁰

[13] **El impedimento ajeno a la voluntad del deudor, imprevisible, inevitable e insuperable.** Como antes indicábamos, este es el origen de diversos remedios jurídicos en los distintos sistemas.

En efecto, parece claro que el impedimento ajeno a la voluntad de la parte incumplidora comprende los supuestos clásicos de la fuerza mayor en forma de los desastres naturales, huelgas generales (no, sin embargo, huelgas de empresa), convulsiones sociales o actos de Estado (como prohibiciones de exportación o control de cambios). ³¹ El hecho de que tradicionalmente existieran divergencias, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sobre si el artículo 79 CISG contemplaba también otros casos, ³² como la excesiva onerosidad sobrevenida, o la frustración del fin del contrato, ³³ llevó al Consejo Asesor de las Naciones Unidas a elaborar en 2009 un

indemnizar al acreedor los daños y perjuicios derivados del incumplimiento». De otra parte, explica que, si normalmente el deudor asume el riesgo de su actividad, esto «encuentra un límite claro en la *intervención coactiva de los poderes públicos*»: esta es, precisamente, la circunstancia que concurre en los casos de incumplimientos debidos a las medidas sanitarias adoptadas para hacer frente a la crisis del COVID-19.

27 Gordley, James. «Impossibility and changed and unforeseen circumstances». *The American Journal of Comparative Law*, 52 (2004), 513-530.

28 Hay que subrayar que, a diferencia del *Uniform Commercial Code* (UCC) americano, que en su §2-615 permite excusarse solamente al vendedor y solamente respecto a dos tipos de incumplimiento: «retraso en la entrega» y «no entrega», la CISG autoriza la exoneración de cualquier parte incumplidora de la responsabilidad por «incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones». John O. Honnold, «Comments on Article 79». *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations convention*. Kluwer Law International. (3.ª edición). The Hague, 1999, p. 476.

29 Oberlandesgericht Zweibrücken 2 February 2004, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 16 March 1995 (Arbitral award No. 155/1994), Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, 1993 (Arbitral award N° 7197), Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg 21 March 21 June 1996.

30 Jorge Adame Goddard, *El contrato de compraventa internacional*. México: McGrawHill, 1996, p. 216.

31 Hans Stoll, «Comentario al art. 79». En von Caemmerer & Schlechtriem (Coords.), *Kommentar zum Einbeiteilichen UN-Kaufrecht*. München, 1995, pp. 689-690; Pablo Salvador Coderch, «Comentario al art. 79». En Luis Díez Picazo (Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías*. Madrid, 1998, pp. 645 y ss.; María del Pilar Perales Viscasillas, «Comentarios al art. 79». *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*, 2001, aptd. 180. Pace Law School Institute for International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

32 Americana *comercial impracticability*, británica *frustration of purpose*, alemana *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, francesa *imprévision*, suiza *impossibility*, italiana *eccessiva onerosità sopravvenuta* o *hardship* de los Principios UNIDROIT, o española doctrina de la *rebus sic stantibus*.

33 Por ejemplo, Pablo Salvador Coderch, explica que dichos supuestos no están expresamente con-

informe dirigido a la unificación de criterios de interpretación del artículo 79 CISG: según el punto 3.1 de dicho informe de expertos, «un cambio de circunstancias que no podría esperarse razonablemente que se haya tenido en cuenta, que hace que el cumplimiento sea excesivamente oneroso (*Hardship*), puede calificarse como un *impedimento* en virtud del artículo 79 (1). El lenguaje del artículo 79 no equipara expresamente el término *impedimento* con un evento que hace que la ejecución sea absolutamente imposible. Por tanto, una parte que se encuentra en una situación de excesiva onerosidad puede invocar excesiva onerosidad como una exención de responsabilidad en virtud del artículo 79», con independencia de que pueda también aplicarse el remedio que le es propio a la excesiva onerosidad (la renegociación del contrato, siempre que sea posible, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 CISG, como veremos a continuación).

En algunos ordenamientos nacionales se regulan conjuntamente la fuerza mayor y la excesiva onerosidad,³⁴ lo que —como antes señalábamos— resulta razonable.

Podemos considerar que, en materia de excesiva onerosidad sobrevenida, la Convención puede colmarse, en lo que a los remedios disponibles se refiere, acudiendo al derecho uniforme internacional en materia de contratos mercantiles (en concreto, a los Principios UNIDROIT), como ha hecho la jurisprudencia,³⁵ toman-

templados en el texto, si bien el autor añade que existe en este punto una laguna legal que pudiera cubrirse vía «integración judicial» (*op. cit.*, pp. 643-644). A juicio del autor: «Únicamente la alteración esencial e insoportable de las circunstancias que afecta a la propia “existencia social” [...], como por ejemplo, la guerra, el hundimiento del sistema económico o de la moneda nacional, podría ser tomada en cuenta para exonerar al deudor que, de ser forzado a cumplir con la prestación prometida y todavía posible, resultaría arruinado», todo ello conforme al principio de buena fe en el tráfico.

34 María del Pilar Perales Viscasillas, «Comentarios al art. 79». El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980), 2001, aptd. 180. Pace Law School Institute for International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>.

35 En este sentido se pronunció la Corte de Casación belga [Belgium 19 June 2009 Court of Cassation (Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.), anotada en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>]: Las partes habían perfeccionado un contrato para la venta de tubos de acero. Después de la conclusión del contrato y antes de la entrega, el precio del acero aumentó inesperadamente en aproximadamente un 70 %. El vendedor trató de renegociar un precio de contrato más alto, pero el comprador se negó rotundamente e insistió en la entrega de los productos al precio acordado. El contrato no incluía ninguna cláusula de adaptación de precios. La decisión del Tribunal de Primera Instancia fue revocada por el Tribunal de Apelación de Amberes. Ese tribunal decidió que la CISG no regulaba la cuestión de excesiva onerosidad (cláusula *rebus sic stantibus*) y aplicó la legislación nacional francesa al permitir la reconversión del vendedor por un monto basado en un precio más alto. Sin embargo, la Corte de Casación rechazó la aplicación del derecho interno francés y declaró que el cambio de las circunstancias que no era razonablemente previsible en el momento de la celebración del contrato y que es de tal naturaleza que aumenta la carga de cumplimiento del contrato de manera extraordinaria y desproporcionada, puede constituir un impedimento en el sentido del artículo 79 de este tratado, incluso si el cumplimiento no llegó a ser literalmente imposible. Pero la sentencia culmina integrando lo dispuesto en el artículo 79 CISG con los Principios UNIDROIT, considerando que aquella norma es insuficiente para regular las consecuencias de la excesiva onerosidad, resolviendo el caso con una renegociación del contrato.

Entre las voces favorables a admitir la excesiva onerosidad en el supuesto de hecho del artículo 79 CISG, destaca la del director de la *UN International Law Branch* que presidió los trabajos de redacción y adopción de la CISG (John O. Honnold, *op. cit.*, pp.543-544; en el mismo sentido, Ugo Draetta, «Force Majeure clauses in international trade practice». *International Business Law Journal*, Paris N° 5,

do como punto de partida el artículo 79 por ser el que tiene mayor afinidad con aquellos supuestos, dado que tanto la fuerza mayor como la excesiva onerosidad o incluso la frustración del fin contractual tienen en común —como venimos indicando— el acontecimiento de un hecho imprevisible e irremediable, que queda fuera de la esfera de control del deudor.

[14] **Mantenimiento del contrato (pretensión de cumplimiento).** El artículo 79 CISG no prevé la extinción de la relación contractual, sino solo la exoneración de responsabilidad por el incumplimiento.

[15] **Duración de la exoneración.** La Convención dispone que la exoneración dura mientras subsista el impedimento (artículo 79.3 CISG), lo que viene a significar que una vez cese el obstáculo, la parte incumplidora se verá obligada a hacer todo lo que está en sus manos para satisfacer el interés del acreedor.

El precepto mencionado no está libre de controversias, relacionadas con las antes mencionadas de si más allá de la fuerza mayor pueden contemplarse otros remedios comúnmente aplicables en los casos de evento imprevisible e irremediable. Y así, muchos autores se han preguntado por la posibilidad de exoneración definitiva del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención cuando el impedimento es de larga duración. Tal solución parece razonable y lógica en los supuestos en los que el cumplimiento tardío no satisface ya el interés del deudor. Ante el silencio que en este sentido guarda la Convención, dos son las interpretaciones conformes con esta posición: una primera sugiere resolver el problema a través del recurso al derecho interno,³⁶ y una segunda propone solucionar el dilema mediante la interpretación histórica de la CISG.³⁷ En este sentido, se ha puesto de relieve que

1996, pp. 555; y Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law. The UN-Convention on contracts for the international sale of goods*, Manz, 1986, p.102), aunque en la versión final de la Convención no se incluyó en el artículo 79 la propuesta de las delegaciones noruega y de la antigua RFA relativa a la excesiva onerosidad (John O. Honnold, *Documentary history of the uniform law for international sales: the studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, p. 350). Entre los pronunciamientos judiciales que han aplicado la norma en este sentido, junto al antes mencionado, cabe citar, por ejemplo, *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg* de 21 marzo y 21 junio 1996, anotada en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>, que comparó el estándar de exoneración establecido en el artículo 79 con las causas que dan lugar a la exoneración de acuerdo con las doctrinas legales nacionales de fuerza mayor, imposibilidad económica y onerosidad excesiva; y la sentencia del Tribunal Supremo polaco sobre una drástica subida de los precios de combustible de coque en la que se ordenó la devolución del caso al Tribunal de Apelación señalando que dicho tribunal no ha tenido en cuenta la posible aplicación al supuesto de hecho de la doctrina de excesiva onerosidad abarcable dentro del artículo 79 CISG. El TS polaco declaró que bajo el «impedimento» del artículo 79 debe entenderse también la imposibilidad económica de cumplir la obligación, enfatizando que esta imposibilidad está relacionada con la previsibilidad del daño a que se refiere el artículo 74.2 CISG. Poland 8 February 2012 Supreme Court, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/120208p1.html>. Por el contrario, la sentencia del Tribunale Civile di Monza de 14 enero 1993 afirmó que el artículo 79 era de una naturaleza diferente a la doctrina de *hardship* o italiana de *eccessiva onerosità sopravvenuta*, véase <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>

36 J. D. Feltham, «The United Nations Convention on the International Sale of Goods». *The Journal of Business Law*, 1991, pp. 346 y ss., especialmente, p. 359.

37 Así, Peter Schlechtriem, «Uniform sales law», Viena, 1986, pp.104-105; John O Honnold, «Uniform law for international sales», *op. cit.*, p. 548; Hans Stoll, «Comentario al art. 79», von Caemmerer &

a pesar de no prosperar una vez más la propuesta noruega formulada durante los trabajos preparatorios de incluir explícitamente la exoneración definitiva de la obligación en casos de los impedimentos de larga duración en la Convención, puede que esta fuera la intención de los autores de la normativa.³⁸

[16] **De la fuerza mayor a la excesiva onerosidad o a la frustración del fin del contrato en la CISG.** Como antes quedó explicado, un acontecimiento que pudo comenzar siendo motivo de fuerza mayor, como han sido las medidas sanitarias impuestas por razón del COVID-19, puede derivar en una desgracia mayor, como la penuria económica ocasionada por el cese de las actividades no esenciales, y desencadenar así escenarios de excesiva onerosidad sobrevenida (con la obligación de las partes de renegociar el contrato, conforme a la buena fe o el criterio de lo razonable), o bien a la frustración del fin del contrato (dando lugar a su resolución o terminación a instancia de uno de los contratantes).

Mientras la interrupción de la cadena de suministro provocada por el confinamiento, por ejemplo, o la aplicación de otras medidas dirigidas a combatir la pandemia, como el cierre de las fronteras, es abarcable desde la óptica de la fuerza mayor en sentido estricto y tiene carácter de un obstáculo más acotado en el tiempo, la ya anunciada (por el Fondo Monetario Internacional) como la mayor recesión de la economía mundial desde la Gran Depresión de los años 30 del siglo pasado, «la crisis como ninguna otra» que podría acarrear un colapso en los precios de los productos básicos y acabar con 9 billones de dólares del PIB global en los próximos dos años,³⁹ posiblemente podría calificarse como una alteración sobrevenida de las circunstancias, sino ya como presupuesto para la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, alcanzando dimensiones temporales desconocidas en este momento.⁴⁰

Dado que en la Convención ondea el criterio de lo «razonable» propio del *Common Law*⁴¹ y que viene a coincidir con las soluciones presididas por el principio

Schlechtriem (Cords.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, *op. cit.*, pp. 697-698 & Tomás Vázquez Lépinette, «Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial». *Derecho Patrimonial*, N.º 2, 2000, p. 297.

38 En particular, cuando finalmente, en un intento de flexibilización y en respuesta al descrito rechazo, suprimieron la palabra «solamente» del artículo 79.3. El artículo 79.3 quedó redactado finalmente de la siguiente manera: «La exoneración prevista en este artículo surtirá efecto mientras dure el impedimento».

39 <https://blogs.imf.org/2020/04/14/the-great-lockdown-worst-economic-downturn-since-the-great-depression/>

40 La cláusula de excesiva onerosidad está reconocida por la mayoría de los ordenamientos jurídicos como una clara excepción de la regla *pacta sunt servanda*, y como tal ha sido interpretada por los árbitros y tribunales de forma estricta y limitada (véase, entre otras, ICC Award N.º 1512, YCA 1976, ICC Award N.º 8486, YCA 1999 y ICC Award N.º 6281, YCA, 1990). En Alemania, la *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (§ 275 BGB) se aplicó generosamente en los años de la galopante inflación posterior a la II Guerra Mundial a las relaciones con o entre particulares, si bien se ha observado que los tribunales fueron más rígidos con las relaciones mercantiles (Chengwei Liu, *Changed Contract Circumstances*, April 2005, Pace Law School Institute for International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>).

41 En cuanto a la posibilidad de definir lo razonable, sirva de anécdota la constatación de Robert Goff: «no puedes definir a un elefante, pero si lo encuentras lo reconocerás» [*Force Majeure and Frustration*], *Commentary on the International Sales Law (the 1980 Vienna Sales Convention)*, (Coord. Bonell & Bianca), Giuffrè ed., Milan, 1987, p. 318]. Una posible solución es recurrir a la definición de lo

de buena fe contractual,⁴² parece lógico y conforme a la equidad admitir que, si se acoge lo menos (fuerza mayor), deba ser acogido lo más (excesiva onerosidad y frustración del fin contractual).

[17] **Aplicación del precepto en el terreno práctico.** La situación de emergencia sanitaria y la consiguiente implementación por los Estados afectados de las medidas dirigidas a proteger la salud pública que impiden el normal cumplimiento de los contratos⁴³ no parece dejar lugar a dudas: se trata de una situación claramente subsumible en el concepto de fuerza mayor desarrollado en el artículo 79 de la CISG, sobre todo en lo que respecta a un impedimento ajeno a la voluntad de la parte incumplidora.

Fuerza mayor e intervenciones gubernamentales o normas emanadas por los poderes públicos, que eran imprevisibles e inevitables, están estrechamente relacionadas cuando dichas normas constituyen un impedimento o un grave obstáculo al cumplimiento.⁴⁴

Sin embargo, en muchos de los casos en que se invoca la aplicación del artículo 79 CISG, los tribunales rechazan la exoneración de responsabilidad por considerar que falta el requisito de la imprevisibilidad, o bien el de la inevitabilidad o insuperabilidad del evento que obstaculizó el cumplimiento.⁴⁵

razonable en los PECL (artículo 1:302). Véase también Juan Antonio Tamayo Carmona, *Responsabilidad y riesgo contractual: la Convención de Viena sobre venta internacional de mercaderías e INCOTERMS 2000*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 40-47; y Guillaume Weiszberg, *Le «raisonnable» en droit du commerce international*. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/Reasonableness.html>

42 Significativo de ello es que, siendo el suyo un sistema de responsabilidad objetiva, conforme al cual el deudor debe responder, en los casos de insatisfacción del interés del acreedor, con independencia del criterio de la culpa o negligencia, se le exonere de responsabilidad en supuestos como el de una pandemia que haga imposible la plena satisfacción del interés contractual del acreedor, en tiempo y forma, por la intervención de normas de todo tipo tendentes a priorizar la seguridad y la salud de los ciudadanos.

43 En España, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, prolongado ya 6 veces, acarreo el cierre de las fronteras, de la mayoría de los comercios y la prohibición de casi toda la actividad sujeta a desescalada progresiva e irregular en todo el país.

44 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce, 22 January 1997 (Arbitral award N.º 155/1996): <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970122r1.html>. El Tribunal declaró un impedimento fuera del control de una parte al existir regulaciones gubernamentales o acciones de funcionarios gubernamentales, posteriores al contrato, que impedían el cumplimiento; El comprador, que había pagado por los bienes, quedó exonerado de responsabilidad por los daños y perjuicios causados al no recibir la entrega en el lugar acordado, ya que los funcionarios no garantizaban la seguridad de la importación de los bienes.

45 De acuerdo con los datos proporcionados por el Digesto de jurisprudencia sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre la venta internacional de bienes del año 2012 elaborado por UNCITRAL (disponible en http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-79.html#*), aunque las partes en el proceso suelen fundamentar su defensa alegando con cierta frecuencia el artículo 79 de la CISG, tales argumentos muy pocas veces son acogidos por los tribunales o árbitros: Si bien a menudo las causas de incumplimiento cumplen con la premisa de un impedimento ajeno a la voluntad de la parte incumplidora, suelen incumplirse normalmente los tres requisitos de dicho impedimento, exigidos por este artículo para su correcta aplicación, es decir, imprevisibilidad, inevitabilidad e insuperabilidad.

En relación con la previsibilidad, por ejemplo, en un caso en que el vendedor solicitó la exoneración de responsabilidad, porque no pudo obtener leche en polvo que cumpliera con las regulaciones de

Habrá que estar, por tanto, a las circunstancias del caso concreto para determinar la aplicabilidad del régimen establecido en la CISG.

4. La fuerza mayor en el reciente panorama jurídico español

[18] **Contexto.** Todos los ordenamientos jurídicos prevén, con algunas variaciones, cómo un suceso de fuerza mayor (*force majeure*, *böhere Gewalt*, etcétera) puede afectar a los contratos en curso. Aunque no reciba siempre ese nombre, sino que se le denomine de otro modo (en el *common law* se habla más de *frustration*⁴⁶),

importación del estado del comprador, el Tribunal sostuvo que el vendedor estaba al tanto de tales regulaciones cuando firmó el contrato y, en consecuencia, asumía el riesgo de no encontrar el producto adecuado (*Arrondissementsrechtsbank's-Hertogenbosch*, 2 October 1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981002n1.html>). De forma semejante, se rechazó la pretensión de exoneración de un vendedor, basada en regulaciones que prohíben la exportación de carbón, ya que estas prohibiciones eran previas a la celebración del contrato y por tanto podían haberse conocido (Bulgaria, 24 April 1996, Arbitration Case 56/1995, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960424bu.html>). Por idéntica razón se rechazó la exoneración del comprador, que pretendía basarse en la existencia de una normativa que había suspendido el pago de deudas externas, pero que era anterior a la celebración del contrato (ICC Arbitration Court of the International Chamber of Commerce, 1993, Arbitral award N.º 7197, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927197i1.html>). Esto mismo sucede cuando las partes deberían tener en cuenta la posibilidad de cambios en el valor de mercado de los bienes, previsibles cuando se formó el contrato. En relación con la inevitabilidad o insuperabilidad, el Tribunal declaró que se podría esperar razonablemente que un vendedor cuyo proveedor no pudo producir los productos debido al cierre de emergencia de su planta, pudiera haber evitado o superado estos impedimentos, y por lo tanto haber cumplido sus obligaciones contractuales: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 16 March 1995 (Arbitral award N.º 155/1994), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html>. De manera similar, se ha sostenido que un vendedor de tomates no estaba exonerado por su incumplimiento de entrega a pesar de que las fuertes lluvias dañaron la cosecha de tomate en su país, causando un aumento en los precios de mercado. El tribunal dictaminó que la prestación del vendedor aún era posible debido a que no toda la cosecha de tomate había sido destruida, subrayando que la reducción de los suministros de tomate, así como su mayor coste, eran impedimentos que el vendedor podía superar (*Oberlandesgericht Hamburg*, 4 July 1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704g1.html>). En algunos casos, los tribunales han preguntado si la parte que reclamaba la exoneración podría superar razonablemente el impedimento, entregando una prestación similar, equivalente a un «sustituto comercialmente razonable» [International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association, United States 23 October 2007 (*Macromex Srl. v. Globex International Inc.*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>, U.S. District Court, Southern District of New York, 16 April 2008, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080416u1.html>, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 26 May 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090526u1.html> y U.S. District Court, Southern District of New York, 20 August 2008 (*Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq*, 573 F.Supp.2d 781), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html>].

⁴⁶ Aunque el concepto de fuerza mayor es extraño al *common law*, sí se suele usar en cláusulas contractuales, y la doctrina de la *frustration* u otros expedientes técnicos conducen a resultados parecidos a los del *civil law*. Véase William Swadling, «Force majeure and Frustration: Introduction and Relationship», en Ewan McKendrick (Ed.), *Force majeure and Frustration of Contract*. (2.ª edición). Abingdon, Routledge, 1995, p. 5; y Günther H. Treitel, *Frustration and force majeure*. London, Sweet & Maxwell, 1994, p. 3. También, Ole Lando, «Non-performance (Breach) of Contracts». En Arthur Hartkamp *et al.* (Eds.), *Towards an European Civil Code*. (4.ª edición). Aalpen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, pp. 695 ss.

la idea subyacente es que hay sucesos excepcionales que tienen un impacto directo sobre las relaciones contractuales no ejecutadas. Por ello, se plantea la necesidad de, en primer lugar, ver si dichos sucesos tienen la naturaleza requerida o la influencia o entidad suficientes y, en caso afirmativo y segundo lugar, cómo se distribuye el riesgo entre las partes.

[19] **La fuerza mayor aparece como una causa de exoneración de responsabilidad.** En el derecho español, como en muchos otros ordenamientos de su entorno cultural, la fuerza mayor está incluida, desde el punto de vista sistemático, junto con el caso fortuito (*casus*), en la parte general del derecho de obligaciones.⁴⁷ Se trata, pues, de una norma aplicable tanto al contrato como al resto de obligaciones, en particular a las derivadas de la responsabilidad extracontractual,⁴⁸ donde su alegación es relativamente habitual.⁴⁹ Normas parecidas se encuentran en otras sedes sistemáticas, como el derecho mercantil⁵⁰ o el régimen especial de los contratos públicos,⁵¹ más moderno que el del Código Civil.⁵²

De modo algo extraño, el Código Civil español no habla de fuerza mayor en sede de contratos, sino que se refiere a «sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables», y todo el mundo entiende que se alude así tanto al caso como a la fuerza mayor.⁵³ La fuerza mayor sí aparece referida por su nombre en otros lugares del Código, para perpetuar la responsabilidad del poseedor de mala fe,⁵⁴ como suceso que puede hacer perder o inutilizar la finca gravada con un censo,⁵⁵ para excluir la del transportista de personas o cosas,⁵⁶ o del depositario respecto de los efectos de los viajeros en las fondas o mesones,⁵⁷ o para obligar al depositario de una cosa a entregar otra que recibió en su lugar.⁵⁸

A consecuencia de lo anterior, el derecho de contratos español no dispone de una definición legal de lo que deba entenderse por fuerza mayor, sino que se trata

47 Artículo 1105 del Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25.7.1889).

48 Artículo 1902 ss. CC.

49 Ese carácter general hace que las referencias particulares a la fuerza mayor como causa de exoneración de la responsabilidad por daños causados por un animal (en el artículo 1905 CC) o por la caída de árboles (artículo 1908.3 CC) puedan resultar repetitivas o redundantes.

50 En el Código de comercio, en los artículos 614 y 620, respecto de la responsabilidad del capitán por incumplimiento de un contrato de transporte.

51 Artículo 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Boletín Oficial del Estado [BOE] núm. 272, de 9.11.2017), en adelante LCSP.

52 Respecto de la interacción del contrato y la responsabilidad civil en relación con las causas de exoneración y otros aspectos, puede verse Miquel Martín & Albert Ruda, «Spain», en M. Martín (Ed.), *The borderlines of tort law*. Bruxelles: Intersentia, 2019, p. 567 y ss.

53 De «suceso» se habla también en el artículo 1784 en conexión con la responsabilidad del depositario, como luego se verá.

54 Artículo 457 CC.

55 Artículo 1625 CC.

56 Artículo 1602 CC.

57 Artículo 1784 CC.

58 Artículo 1777 CC.

de una definición por partes o sincopada: es un suceso inevitable, que tiene la virtualidad de afectar a las obligaciones. Con más detalle, la Ley de Contratos del sector público no define, sino que enumera, los supuestos de fuerza mayor.⁵⁹ Una paradoja similar se encuentra en la propuesta de Código Civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil,⁶⁰ la cual habla de fuerza mayor en muchas otras sedes, pero cuando prevé la regla general de exoneración del deudor se refiere no a fuerza mayor sino a un «impedimento» ajeno a la voluntad del deudor y extraño a su esfera de control.⁶¹ Se recoge así el requisito jurisprudencial de que la fuerza mayor sea exterior a la voluntad o a la esfera negocial del deudor.⁶² La misma expresión se encuentra en otra propuesta, elaborada por la Comisión General de Codificación,⁶³ que incluso omite toda referencia a la fuerza mayor.⁶⁴

[20] **Fuerza mayor y reparto del riesgo.** La alternativa a este enfoque de lista o tipificación es el adoptado por la reforma del derecho de contratos francés. La nueva norma pone fin a la incertidumbre anterior⁶⁵ mediante la plasmación legal de la definición de la fuerza mayor como suceso exterior, imprevisible e irresistible.⁶⁶ Sin embargo, llama la atención que el nuevo precepto no establezca algo tan importante como es el efecto liberatorio o no de la fuerza mayor,⁶⁷ es decir, la distribución de riesgos a la que antes se hacía referencia.

Porque en definitiva de lo que se trata es de decidir quién tiene que soportar la imposibilidad de la prestación que se produce como consecuencia de ese «suceso» o «impedimento» que es la fuerza mayor. En este sentido, cabe referirse a los Principios para la crisis del COVID-19,⁶⁸ elaborados por el *European Law Institute*.⁶⁹ Según su Principio 13, titulado *Force majeure and hardship*, los Estados tienen que asegurarse de que las reglas sobre «imposibilidad o fuerza mayor» (*impossibility or force majeure*) se aplican de modo efectivo y se alcanzan soluciones razonables. En particular,

59 Concretamente dispone que se considerarán como tales: «Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público».

60 Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Propuesta de Código Civil*. Madrid: Tecnos, 2018. www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf

61 Artículo 518-24.

62 SSTS 2.3.2001 [RJ 2001\2590] y 18.4.2000 [RJ 2000\2976].

63 Comisión General de Codificación, *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*. Madrid, BOE, 2009. <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338957019>

64 Véase su artículo 1209.

65 La del viejo artículo 1148 del *Code*.

66 Nuevo artículo 1218.

67 Véase Albert Ruda, «Les rémèdes», en Yves Picod & Elena Lauroba (Coords.), *La réforme du droit des obligations en France et le regard de l'autre côté des Pyrénées*. Société de Législation comparée (en prensa), con más referencias.

68 *ELI principles for the Covid-19 crisis*, 2020. https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf

69 Con sede en Viena, se dedica al estudio del Derecho europeo. En lengua castellana, puede verse Albert Ruda & Carmen Jerez (Coords.), *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del I y II Encuentro Anual del Centro Español del European Law Institute*. Madrid: Sepin, 2018.

añade, «la distribución contractual del riesgo en estos casos debería ser evaluada a la luz de los contratos existentes, los regímenes legales subyacentes y el principio de buena fe» (Principio 13.1).

Los distintos textos legales o instrumentos de *soft law* coinciden pues en destacar que la fuerza mayor —o figuras funcionalmente equivalentes— constituyen un impedimento que excluye la responsabilidad del deudor porque elimina el nexo causal, al ser la imposibilidad atribuible a otro suceso. Por definición, tiene que escapar al control del deudor, pues de otro modo no se eliminaría dicho nexo. Y por ello, también, es preciso que este haya actuado sin culpa.

El COVID-19 encaja en esa definición, dado que se trata de un suceso inevitable, que ha convertido el cumplimiento de muchas obligaciones en imposible. Las medidas adoptadas por las autoridades públicas, en el marco de la declaración del estado de alarma, constituyen una imposibilidad legal de cumplir, y en muchos casos también una imposibilidad material. Incluso aunque se argumente que una pandemia era un suceso previsible⁷⁰ —como pretende el sector asegurador con el propósito de excluirlo de la cobertura del seguro— o se intente equipararlo de modo simplista a una gripe común, difícilmente era previsible la virulencia de la crisis y el confinamiento y otras medidas imperativas posteriores. Además, en este caso concreto la imposibilidad ha sido no solo imprevisible, sino inevitable.

[21] **La fuerza mayor en la jurisprudencia reciente.** Un simple vistazo a la jurisprudencia reciente muestra que son muchas las sentencias judiciales en las que de un modo u otro se hace referencia a la fuerza mayor, pero muy pocas las que entienden que esta realmente existe o concurre. En el caso del Tribunal Supremo español, el análisis de las sentencias dictadas sobre fuerza mayor por la Sala de lo Civil (Sala 1.^a) desde el cambio de siglo muestra lo esperable, esto es:

1.º Que muchos deudores intentan distraer la atención sobre su falta de diligencia en el cumplimiento con referencias a circunstancias variopintas, generalmente sin éxito. La fuerza mayor se utiliza como cortina de humo, que los tribunales (o la contraparte) diluyen con gran facilidad, dado que a menudo resulta posible encontrar algo más que el deudor pudo hacer.⁷¹ Por ejemplo, si se produce la avería de un télex, se puede probar el envío de información por otro canal.⁷² Ello es muy claro si se trata de un profesional al que se aplica un canon de diligencia más elevado que a la media, sobre todo en el ámbito extracontractual, donde tradicionalmente se ha elevado mucho el nivel de diligencia exigido, por ejemplo, a los médicos.⁷³ También

70 Sobre esta base, un informe elaborado por un despacho de abogados concluye que no hay fuerza mayor. Puede verse Confilegal, «La pandemia de coronavirus no ha sido imprevisible y no cumple el requisito de fuerza mayor», 2020. <https://confilegal.com/20200526-la-pandemia-de-coronavirus-no-ha-sido-imprevisible-y-no-cumple-el-requisito-de-fuerza-mayor/>

71 Por ejemplo cerciorarse de que un pequeño fuego doméstico estaba realmente extinto, STS 15.9.2007 [RJ 2007\3893].

72 STS 25.9.2001 [RJ 2001\7491].

73 Como muestra, la STS 19.6.2008 [RJ 2008\4257] rechaza aplicar el artículo 1105 CC simplemente porque un fragmento de catéter intravenoso quedó en el interior de una arteria tras una operación quirúrgica. El TS se basa en la ausencia de condiciones idóneas de esterilización del quirófano el día de la segunda intervención para considerar que hubo culpa. Véase también STS 28.11.2008 [RJ 2008\9303], 20.7.2000 [RJ 2000\6754] y 8.2.2000 [RJ 2000\840]. También en los casos de caídas en locales o estable-

se llega a excluir la exoneración por fuerza mayor en las obligaciones pecuniarias, sobre la base de la idea de que el género no desaparece nunca (*genus nunquam perit*).⁷⁴ En el caso de un conflicto laboral, por ejemplo, se le pide al empresario que haga algo más para evitar el consiguiente bloqueo al acceso de la fábrica y se concluye que es un suceso interno a la empresa⁷⁵. O ante un cambio brusco de temperaturas, dice el tribunal que la meteorología hoy en día resulta previsible aun a corto plazo⁷⁶. Parecidamente, son previsibles las fuertes lluvias que pueden inundar una planta transformadora,⁷⁷ o los fuertes vientos que provocan la caída de placas de una fachada.⁷⁸

Solo si el evento es realmente inevitable, como en el caso de ciertos incendios,⁷⁹ o vicios del suelo a los que claramente debe la ruina de un edificio,⁸⁰ se admite la exoneración. Un caso particular es el de los vicios inmobiliarios por aluminosis del edificio, en el cual el TS entiende que sí que se trata de fuerza mayor al haberse empleado el material defectuoso décadas antes, cuando aún estaba permitido.⁸¹ El suceso es inevitable cuando ninguna medida de precaución habría podido evitar el accidente, como sucede en un accidente ferroviario por un fragmento de árbol procedente de un terreno alejado, aunque se habían adoptado todas las medidas de prevención.⁸² Pero quien alega una fuerza mayor tiene la carga de probarla,⁸³ y en otro caso los tribunales llegan en ocasiones a presumir que el incumplimiento se debió a culpa del deudor, como sucede en el caso del depositario⁸⁴ o el arrendatario.⁸⁵ Por ejemplo, un incendio no es fuerza mayor cuando podría haberse evitado simplemente no encendiendo un soplete, como de hecho se hizo.⁸⁶ Y tampoco es fuerza mayor por el mero hecho de deberse a causas desconocidas.⁸⁷ En todo caso, la fuerza mayor es una cuestión de hecho que debe resolver el juzgador de instancia.⁸⁸

Tal vez como resultado de la influencia de la CISG ha causado un efecto tendente a la objetivación de la responsabilidad, con una notable elevación del nivel de diligencia exigible al deudor. Buen ejemplo de ello es el caso en el que el TS confirma la condena del Metro de Madrid por incumplimiento del deber de seguridad de

cimientos públicos es frecuente encontrar algún elemento de culpa que impide excluir la responsabilidad *ex* artículo 1105 CC (p.ej. STS 31.3.2003 [RJ 2003\2839]).

74 STS 19.5.2015 [RJ 2015\3118].

75 SSTS 14.3.2001 [RJ 2001\5977] y 18.12.2006 [RJ 2006\9171]. Parecidamente, la huelga se considera un suceso «que normalmente sucede» y por tanto previsible (STS 22.2.2005 [2005\4742]).

76 STS 15.3.2001 [RJ 2001\5979].

77 STS 13.12.2002 [2002\10745].

78 STS 6.6.2002 [RJ 2002\5254]. Parecidamente, STS 2.3.2001 [RJ 2001\2590].

79 Caso de la STS 5.6.2014 [RJ 2014\4221].

80 STS 21.2.2003 [RJ 2003\2135].

81 SSTS 14.2.2007 [RJ 2007\1378] y [RJ 2007\1379].

82 STS 12.9.2002 [RJ 2002\8555].

83 STS 28.4.2008 [RJ 2008\2681]. Véase también SSTS 14.6.3946 [RJ 2013\3946], 13.11.2003 [RJ 2003\8304], 10.11.2002 [RJ 2002\9978] y 31.3.2000 [RJ 2000\2493].

84 STS 23.11.2004 [RJ 2004\7383] y 20.12.2004 [RJ 2005\1817].

85 Artículo 1563 CC; SSTS 4.3.2004 [RJ 2004\1805] y 12.2.2001 [RJ 2001\850].

86 STS 12.7.2002 [RJ 2002\6045].

87 STS 12.2.2001 [RJ 2001\850].

88 SSTS 4.11.2004 [RJ 2004\6717] y 20.4.2005 [RJ 2005\4561].

sus usuarios.⁸⁹ La compañía demandada alegó sin éxito que había cumplido con su obligación al subcontratar a las dos empresas de seguridad con las que trabajaba, y acabó siendo condenada por la agresión sufrida por un pasajero.⁹⁰

2.º En la reciente crisis económica, la más grave habida en España desde los tiempos de posguerra, también ha naufragado la habitual alegación de que el incumplimiento se debía a las dificultades financieras propias de dicha crisis. El caso típico es el del promotor vendedor que pretende así excusar su prolongado retraso en la entrega del inmueble que prometió construir. Según el TS, el promotor puede, si es preciso, fijar un plazo de entrega más largo en el contrato mismo.⁹¹ Incluso se sugiere que la posibilidad de una crisis pertenece al ámbito propio del negocio y, por ende, no es un factor del todo externo.⁹² Por ejemplo, la falta de financiación por las estrecheces de la crisis se considera un factor particular, no general, y por tanto no exonera.⁹³

5. Propuesta de regulación. Derecho de desastres y contrato

[22] **Presentación.** A la vista de lo anterior, y partiendo de sistemas jurídicos que se desenvuelven hoy en día, como el español, en un contexto globalizado en materia de contratos, procede realizar una propuesta de regulación básica, que pueda constituir una referencia común para regular a nivel nacional las consecuencias o el impacto de la pandemia (u otras crisis de envergadura semejante) en el ámbito de las relaciones contractuales. Con este fin, presentamos la siguiente propuesta.

[23] **Presupuesto básico.** El presupuesto básico para el desarrollo y aplicación de esta normativa ha de ser un *evento posterior al contrato, imprevisible e inevitable*.

Remedios. Siendo así, pueden desplegarse *diversos remedios, en función de las circunstancias*. Son los siguientes:

1.º **Exoneración de responsabilidad por el incumplimiento.** En todo caso, el deudor queda exonerado de responsabilidad por el incumplimiento contractual, previa notificación al acreedor con la prueba que acredite o constate el carácter imprevisible e inevitable del impedimento. Esto no quiere decir que no deba cumplir, sino que queda exonerado de indemnizar por la falta (provisional) de cumplimiento. En cuanto no exista el impedimento, deberá cumplir el deudor con la prestación.

2.º **Deber de mitigar los daños.** El deudor y el acreedor están obligados a adoptar las medidas necesarias para mitigar los daños. Por consiguiente, el deudor deberá cumplir en cuanto sea posible y el acreedor deberá admitir el cumplimiento, en tanto no se haya frustrado el fin contractual.

89 Ex artículo 1101 CC.

90 STS 24.11.2008 [RJ 2008\6061].

91 STS 19.12.2014 [RJ 2014\6625]. Parecidamente, STS 11.12.2014 [RJ 2014\6374]. Puede verse también STS 5.11.2012 [RJ 2013\4].

92 STS 19.12.2014 [RJ 2014\6624], en un caso muy parecido al de la nota anterior.

93 STS 22.12.2014 [RJ 2014\6406]. Se basa en la doctrina de los «deberes no delegables» para impedir la exoneración de dicha compañía.

3.º **Mantenimiento provisional del contrato.** Si la duración del evento, o la imposibilidad de superarlo, es provisional, el contrato se mantiene y el cumplimiento de la obligación quedará pospuesto hasta que el impedimento sea superado.

4.º **Posibilidad de suspensión del propio cumplimiento.** El mantenimiento del contrato es compatible con la suspensión del propio cumplimiento por parte del acreedor que se vea afectado por el incumplimiento de la otra parte contratante como consecuencia del evento inevitable e imprevisible.

5.º **Imposibilidad de cumplimiento por pérdida de la cosa específica.** Si la cosa objeto del contrato se perdiese antes de la entrega como consecuencia de un evento inevitable e inesperado, se extinguirá la obligación de entrega, pero el acreedor puede mantener el contrato y disponer de las acciones que correspondieran al deudor contra terceros por razón de la cosa.⁹⁴

6.º **Excesiva onerosidad: deber de renegociar el contrato.** Si la duración del evento, o la imposibilidad de superarlo, se extiende en el tiempo hasta el punto de hacer excesivamente oneroso el cumplimiento del contrato para una de las partes, conforme a la equidad o buena fe contractual, deberán los contratantes renegociar el contrato, hasta conseguir un nuevo equilibrio de intereses.⁹⁵ Si no fuera posible llegar a un acuerdo, cualquiera de los contratantes estará legitimado para resolver el contrato.⁹⁶

7.º **Frustración del fin contractual: resolución del contrato.** Por último, si, como consecuencia de la crisis, las circunstancias permiten afirmar que el contrato ha quedado vacío de contenido o que se ha frustrado el fin del contrato, cualquiera de los contratantes estará legitimado para dar por terminado o resuelto el contrato, notificándolo a la otra parte en un plazo razonable. Este recurso es subsidiario, conforme al principio de buena fe contractual o principio de equidad.

8.º **Liquidación del contrato conforme a la buena fe o a la equidad.** En los casos en que el contrato se resuelva por aplicación de las reglas anteriores, las partes deberán liquidar la relación contractual de modo tal que, si una de ellas hubiera percibido provecho como resultado del contrato, deberá garantizarse el equilibrio de las prestaciones entre ambos contratantes, mediante el consiguiente reparto de los beneficios (naturales o por el valor equivalente) en caso de ser necesario para alcanzar esta finalidad. Esta regla incluye el posible reparto, en su caso, de lo perci-

94 Por ejemplo, cuando la cosa estaba asegurada. En este sentido, cabe citar el artículo 1186 del Código Civil español.

95 En el Código Civil español encontramos, por ejemplo, una norma en sentido semejante (adaptación del precio), en materia de arrendamientos rústicos; Artículo 1575: «El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto esencial en contrario. / Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever». (Siendo, como antes quedó explicado, el caso fortuito equivalente a la fuerza mayor en el sistema español.)

96 En cualquiera de los casos, se evitará que uno solo de los contratantes asuma la totalidad del riesgo, pues sería contrario a la buena fe contractual y no existe razón que lo justifique, salvo pacto en contrario.

bido a cambio de la cosa objeto del contrato, cuando el deudor no pudo entregarla pero recibió una compensación en su lugar.⁹⁷

6. Conclusión

La resolución del contrato es el último de los remedios aplicables a los contratos en situaciones de crisis provocadas por un evento imprevisible e inevitable, como lo ha sido la adopción de medidas de seguridad sanitaria en todo el planeta con ocasión del COVID-19. Para llegar a ese extremo, hay que probar que la imposibilidad de cumplimiento de lo estipulado en el contrato es definitiva, o que se ha frustrado el fin contractual por razón de las medidas adoptadas por los poderes públicos, o por ser de tal entidad la prolongación en el tiempo de la adopción de dichas medidas extraordinarias que resulte a alguna de las partes excesivamente oneroso mantener el contrato y —pese a haber intentado la renegociación de la base contractual— no se haya logrado un resultado positivo. La buena fe contractual (o la equidad) pone límite al recurso a los remedios que encierra el contrato, que no puede ser arbitrario.

La exoneración de responsabilidad del deudor por el incumplimiento de la obligación o insatisfacción del interés del acreedor a consecuencia de la crisis es, sin embargo, una medida general aplicable desde el momento en que el deudor notifique al acreedor la imposibilidad de cumplir, con la correspondiente prueba que acredite que la causa o impedimento tiene carácter de fuerza mayor, es decir, que constituye un evento inevitable e imprevisible. Lógicamente, esta exoneración de la obligación de indemnizar por el incumplimiento se refiere sólo al periodo de tiempo durante el cual es objetiva la imposibilidad de cumplir debida al evento imprevisible.

El principio *pacta sunt servanda* se mantendrá en lo posible, pero no hasta el punto de que uno de los contratantes asuma la dura carga del riesgo de un evento de tal naturaleza, ajeno totalmente a su conducta (activa u omisiva). La buena fe contractual (o la equidad) impone entonces una suerte de medidas tendentes a lograr el reequilibrio del contrato en primer lugar. Solo cuando no sea posible, como decíamos, se dará carta blanca a la resolución de la relación contractual.

97 Una vez más, se trata de evitar que sea uno solo de los contratantes quien asuma la dura carga de los riesgos del contrato, pero además se busca que ninguno de ellos pueda obtener un lucro derivado de la situación sin hacer partícipe al otro de la misma suerte, o —menos aún— un lucro que sería injusto retener conforme a la buena fe. Sirva de muestra, en este último sentido, lo dispuesto en el artículo 1777 del Código civil español: «El depositario que por fuerza mayor hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, estará obligado a entregar ésta al depositante».

Estonian contract law – How well prepared to response to pandemic

Irene Kull

University of Tartu

Georg Kuusik

Sorainen

Introduction

During the spread of COVID-19 many states implemented far-reaching bans and restricted the freedoms of people in order to deal with the spread of the pandemic. In a democratic society based on the rule of law, such limitations could only be established in a controlled and democratic manner ensuring compliance with the existing laws and the constitution of the state. In Estonia, the Emergency Act (EA)¹ provides for the legal bases for crisis management, including preparing for and resolving an emergency as well as ensuring the continuity of vital services. An emergency is an event or a chain of events or an interruption of a vital service which endangers the life or health of many people, causes major proprietary damage, major environmental damage or severe and extensive interferences with the continuity of vital services and resolution of which requires the prompt coordinated activities of several authorities or persons involved by them, the application of a command organisation different from usual and the involvement of more persons and means than usual (§ 2(1) EA). In an emergency it is possible to impose certain limitations and restrictions on the constitutional rights and establish extraordinary regulations and rules. However, if solving an emergency proves impossible with these limitations the Government of the Republic can declare an emergency situation (§ 1(1) EA). Under an emergency situation stricter rules can be imposed and freedoms can be limited to a larger extent.

Following the spread of COVID-19 to Estonia at the beginning of March 2020, the Government declared the emergency situation at the evening of 12th March 2020.² From 13th March all schools and other educational establishments, cinemas, theatres, museums, nightclubs etc. were closed. A restriction on the freedom of movement was imposed on passengers going on a ferry sailing on the route Tallinn–Stockholm–Tallinn for the purpose of a pleasure trip.³ From 17th March,

1 Emergency Act (hädaolukorra seadus), passed 08.02.2017, entry into force 1.7.2017. Available in English at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/516052020003/consolide/current> (accessed 17.5.2020).

2 Declaration of Emergency Situation in the Administrative Territory of the Republic of Estonia. Government order no. 76. Available in English at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/524042020008/consolide> (accessed 17.5.2020).

3 Application of measures of emergency situation Government order N.º 77. Available in English at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/517032020005/consolide> (accessed 17.5.2020).

temporarily border checks of persons and vehicles entering the Republic of Estonia and the controlling of the state borders was restored.⁴ From 27th March until 10th (incl.) May 2020 all shopping centres remained to a large extent closed. Grocery stores, pharmacies, bank offices and some other essential remained opened also in shopping centres. Shopping centres were re-opened from 11th May 2020 and from 15th May 2020 the border control between Estonia and Latvia was lifted. From 1st June 2020 the Estonian state border may be crossed for the purposes of entering into Estonia by a person who does not have symptoms of disease and who arrives into Estonia from a member state of the European Union, Schengen convention or from United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.⁵ The overall emergency situation was terminated on 18th May 2020, though certain limitations and special rules continued in effect. Therefore, larger gatherings indoors are still prohibited, and the so-called 2+2 rule must be followed in public places.⁶

No amendments to the general civil law or contract law principles were introduced due to the crises, except for the amendment of the bankruptcy act⁷ according to which the running of the term of the obligation to file a bankruptcy petition was suspended for the period beginning at commencement of the emergency situation and ending two months after termination of the emergency situation on 18th July 2020.

Compared to many other EU states the limitations on free movement in Estonia were not very strong. Though the 2+2 rule was enforced, people were never banned from walking on the streets or visiting public places in open air. Also, restaurants and bars remained open, however, sale of alcoholic beverages was limited. Nonetheless, many shops, bars and businesses decided for voluntary closure partly for the safety of their employees but also partly due to the lack of customers.

In our contribution, we ask whether Estonian law is ready to resolve disputes that may arise and will certainly arise in connection with difficulties in performing the contractual obligations during the COVID-19 restrictions and also after the restrictions expire. We start with force majeure concept in Estonian law to clarify the scope of this concept and the opportunities it offers to a party in difficulty. Secondly, we examine the second very important concept, namely change of circumstances (*clausula rebus sic stantibus*) which may be the best ground for allocation risks between the contractual parties in such extraordinary times. Third part of our contribution is dedicated to the good faith principle which is the last

4 Temporary Restoration of Border Checks and Border Control at the Internal Border. Government regulation N.º 15. Available in English at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/517032020003/consolide> (accessed 17.5.2020).

5 Imposition of temporary restrictions on crossing the state border and establishment of quarantine upon crossing the state border in order to prevent a new outbreak of the coronavirus SARS-CoV-2 causing the COVID-19 disease, passed 6.05.2020, entry into force 18.5.2020. Available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/VV/k/530052020001/consolide> (accessed 17.5.2020).

6 Restrictions on the freedom of movement and on holding public meetings and public events as necessary for preventing the spread of the covid-19 disease, passed 16.5.2020, entry into force 18.5.2020. Available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/VV/k/530052020003/consolide> (accessed 17.5.2020).

7 Bankruptcy Act (*pankrotiseadus*), passed 22.01.2003, entry into force 1.1.2004. Available in English at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/519052020005/consolide> (accessed 17.5.2020).

resort in cases where force majeure and change of circumstances may not be applicable. Forthly we introduce some provisions in Estonian law which shall allocate risks in specific contracts and finally look into voluntary measures taken by private persons to emanate the risks caused by the emergency situation and COVID-19 pandemic.

1. Concept or force majeure in Estonian law

1.1. Force majeure as excuse of non-performance

The concept of force majeure is provided in Estonian law in § 103(2) of the Law of Obligations Act (LOA)⁸ and in accordance therewith non-performance by an obligor is excused if it is caused by force majeure. Force majeure circumstances are circumstances which are beyond the control of the obligor and which, at the time the contract was entered into or the noncontractual obligation arose, the obligor could not reasonably have been expected to take into account, avoid or overcome the impediment or the consequences thereof which the obligor could not reasonably have been expected to overcome.⁹ Taking into account differences between national legal traditions in defining and application of the concept, it is important to mention origins of the concept in Estonian law. Sources of the functions and the content of the force majeure were Principles of European Contract Law (PECL)¹⁰ Art. 8:108, Principles of International Commercial Contracts (UPICC)¹¹ Art. 7.1.7. and UN Convention for the International Sale of Goods (CISG)¹² Art. 79(1) and (3). Similar definition can be found also from the Draft Common Frame of Reference (DCFR)¹³ Art. III.-3:104. However, the provisions in the LOA (§ 102 and § 103) bear most

8 Law of Obligations Act applies to all contractual relations, including B2B, B2C and P2P contracts. Law of Obligations Act (võlaõigusseadus), 1.7.2002. Hereinafter LOA. Available in English at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/515012020004/consolide#para102> (accessed 17.5.2020). LOA is one of the five laws that together form the Estonian Civil Code (Eesti tsiviilseadustik). The five legislative Acts comprising the Estonian Civil Code are the General Part of Civil Code Act (2002), Property Law Act (1993), Family Law Act (2010), Law of Succession Act (2008), Law of Obligations Act (2002).

9 Sources to the provision were Principles of European Contract Law (PECL) Art. 8:108(1), (2), Principles of International Commercial Contracts (UPICC) Art. 7.1.7. (1) and (2) and UN Convention for the International Sale of Goods (CISG) Art. 79(1) and (3). Similar definition can be found also in the Draft Common Frame of Reference (DCFR) Art. III.-3:104.

10 The Principles of European Contract Law: Parts I and II. Kluwer Law International, 2000.

11 UNIDROIT. Principles of International Commercial Contracts, 1994. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994> (accessed 17.5.2020).

12 United Nations Convention for the International Sale of Goods, 1990. Available at: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> (accessed 17.5.2020).

13 Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (Eds). Sellier. european law publishers, 2009. Available at: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf (accessed 17.5.2020). See more about influences of international soft law instruments on Estonian private law I. Kull. Reform of Contract Law in Estonia: Influences of Harmonisation of European Private Law. *Juridica International* 2008, N.º 14, pp. 122-129.

similarity to the definition used in Art. 7.1.7 of the UPICC. So, Estonian definition reflects all decisive requirements of the transnational force majeure doctrine.

Concept of force majeure in Estonian law does not grounded on the doctrine of impossibility of performance which mean that impossibility does not influence the validity of the contracts as according to the § 12(2) of the LOA. The force majeure is functioning as an excuse for non-performance and general standard of liability applicable to contractual relations, unless otherwise provided by law or contract. This general standard of liability is based on the presumption that the obligated party guarantees performance regardless of any obstacles that may arise in the performance of the promise. The parties may also agree on fault or strict liability or define in the contract what constitutes force majeure.¹⁴ Agreements excluding or limiting liability shall be in accordance with § 106(2) of the LOA and the validity of the standard terms and conditions shall be verified on the basis of § 42(3) 1) and 2) of the LOA.

In an emergency situation caused by COVID-19,¹⁵ § 103 of the LOA could be applicable as legal bases to exclude liability for breach of obligations. The force majeure event is not the pandemic *as such*, but the factual or legal effects like illness or quarantine, production facility closures, interruption of supply chains, lockdowns, curfews, travel restrictions and other measures.¹⁶

The excusability of non-performance of the contract means that the circumstance that led to the non-performance of the obligation is beyond the debtor's control.¹⁷ Circumstances must be of such a nature that its existence or course could not be influenced by the debtor. Whether or not the debtor was able to influence a circumstance must be determined on the basis of objective criteria. The debtor is generally exposed to risks related to the debtor's own activities, ie risks that are under its control. Risks related to economic activities, such as risks related to production or sourcing of raw materials, organization of production, availability of employees or technical equipment, skills of employees, may be considered to be under the control of the debtor.¹⁸

A circumstance which the debtor could not foresee may be a circumstance which is unexpected and which the debtor cannot reasonably be expected to foresee

14 An exception is a lease agreement for a dwelling, in which case an agreement which derogates from the provisions of law regarding the rights, obligations and liability of the parties to a residential lease contract to the detriment of the lessee is void (§ 275 LOA).

15 On 30 January 2020, the Director-General of the World Health Organization (WHO) declared that the outbreak of COVID-19 constitutes a «Public Health Emergency of International Concern» (PHEIC). See The International Health Regulations, IHR (2005). Available at: <https://www.who.int/ihr/procedures/pheic/en/> (accessed 17.5.2020).

16 The Civil Code of the Estonian Socialist Republik from 1965 provided force majeure circumstances as legal ground for discharge from the liability in specific contracts. The Civil Code of the Estonian SSR. Part III. Law of Obligations. Adopted on 12.6.1964; entered into force 1 January 1965.

17 In the wording of the Supreme Court as an extraordinary and objectively compelling event which is outside the area of influence of the debtor. See Judgment of the Estonian Supreme Court of 29 May 2013 in case no. 3-2-1-40-13 para 18. See also P. Pichonnaz. *From clausula rebus sic stantibus to hards-hip*. *Fundamina: a Journal of Legal History* 2011, Vol. 17, Iss. 1, pp. 125-143.

18 K. Sein. *Mis on vääramatu jõud?* *Juridica* 2004, N.º 8, p. 514.

or take into account. Contingency must be assessed at the time of the conclusion of the contract, which means that, not only the time of the declaration of a state of emergency due to the COVID-19 pandemic, but also the information available before the declaration of a state of emergency must be assessed. In deciding on foreseeability, it may be relevant not only whether the debtor could have foreseen or taken into account the circumstance at all, but also whether he could have foreseen the occurrence of the circumstance at a given time or period. In the context of the information society, the adoption of laws or administrative acts may be envisaged, but such circumstances certainly do not include the imposition of bans of the scale caused by the COVID-19 pandemic. Thus, an unexpected restriction imposed by a public authority (i.e. quarantine) may be considered as force majeure and thus exclude the debtor's liability for non-performance.¹⁹ It is unclear to what extent the Supreme Court considers the activities of third parties to be force majeure, as so far the case law has found that the activities of third parties are a normal business risk that an undertaking must take into account when concluding a contract.²⁰

The circumstance must be unavoidable and insurmountable, ie the debtor cannot reasonably be expected to be able to avoid the effect of this circumstance on the performance of the obligation or to exceed the circumstance or its consequence. The debtor's ability to influence a circumstance must be assessed on the basis of objective criteria. Subjective circumstances characterizing a particular situation may be taken into account, but the assessment of the ability to influence the circumstances must be based not on the identity of a particular debtor but on the capacity of a person acting in good faith in similar circumstances. Applying the above to an emergency situation, it may be considered that where the debtor is unable to obtain the product or material in the situation of closure of borders and movement ban could be considered excusable. For example, in the comments to § 103 of the LOA, it has been found that force majeure is not a disruption of the supply of raw materials, unless it is a wider obstacle than problems related to the suppliers of a particular debtor.²¹

1.2. Consequences of the force majeure circumstances

Excusability releases from liability for the performance of an obligation not only for the time when force majeure or its consequences actually prevented the performance of the obligation.

Delays in the performance of obligations shall be excusable during the period of immediate effect of the force majeure and within a reasonable time after the end

19 For example, the Estonian Supreme Court has found that force majeure does not include the planning amended by the local government or the amendment of the conditions for the issue of a building permit. Judgment of the Estonian Supreme Court of 26 January 2011 in case N.º 3-2-1-139-10 para 13.

20 See Judgment of the Estonian Supreme Court of 20 June 2014 in case no. 3-3-1-38-14 para 23.

21 V. Kõve, § 103. In P. Varul, I. Kull, V. Kõve, M. Käerdi, K. Sein (Eds.), *Võlaõigusseadus I. Üldosa* (§§ 1-207). *Kommenteeritud väljaanne* (Law of Obligations Act I. Commented edition), Tallinn, Juura 2016, p. (hereinafter 'LOA commented edition').

of the direct effect necessary to overcome the consequences of the force majeure because the effect of force majeure may last longer than the force majeure itself.²² According to the § 102 of the LOA debtor shall notify the other party of an impediment to performance and of the effect of such impediment on the performance of the obligation immediately after the debtor becomes aware of the impediment. This also applies to force majeure: if the debtor sees that his obligation has been prevented due to force majeure (eg an unexpected export ban), he must inform the creditor immediately so that he can take the necessary measures to minimize his damage (eg buy the necessary goods elsewhere). If the debtor breaches this obligation, his obligation to pay damages may arise, notwithstanding that force majeure prevented performance of the contract.

Force majeure entails the excusability of the non-performance of the obligation and releases the debtor from liability, e.g. precludes legal action against him. In reality, however, it mainly concerns only the release from the obligation to compensate for damage and the obligation to interest for late payment, as under § 105 of the LOA the creditor can use several other important legal remedies such as termination or cancellation of the contract, refusal to perform the obligation and reduction of price.

It should be noted here that the contract does not terminate automatically in the event of force majeure, but that the creditor can choose whether or not to pursue this remedy. If the creditor decides not to withdraw from the contract or if the obligation was only partially breached so that termination of the contract as a whole is not possible, the creditor can demand that part of the obligation be performed and reduce the price accordingly.

If the force majeure effect is only temporary, the creditor will also retain the enforcement claim and can file it after the force majeure effect has ended. However, it must be taken into account that pursuant to § 108 (2) of the LOA, a claim for performance may be excluded if the performance of the obligation continues to be unreasonably burdensome or costly for the debtor or if the creditor can reasonably achieve the result sought by performance. When establishing a state of emergency due to COVID-19, the prohibition provided for in § 108 (2) 4) of the LOA may also be relevant if performance of the obligation consists in the provision of a service of a personal nature and the performer is, for example, ill or at risk of infection.

In the case of contracts, the question may arise when § 103 applies and when § 97 of the LOA on change of circumstances applies. The objectives of these institutes are different: the occurrence of force majeure entails the exclusion or limitation of the debtor's liability for the non-performance of an obligation, while a change in the ratio of obligations entails a change in the entire contractual relationship.²³ In principle, there may be cases which can be regarded as a change in both the force majeure and change of circumstances. In this case, the debtor can choose whether to rely on § 103 or § 97 of the LOA.

In conclusion, the special situation imposed by COVID-19 may be qualified as force majeure, but its effects depend on the circumstances of each individual case,

²² *Ibid.*

²³ V. Kõve, § 103, LOA Commented edition.

the contractual arrangements and it must be assumed that its effects were foreseeable from at least 11 March 2020 when the emergency was imposed.

In the next chapter we will look at the concept of change of circumstances (*clausula rebus sic stantibus*) under which a party may be not only excused but also discharged from its duties or render a performance which is substantially different from the initial agreement.²⁴

2. Doctrine of change of circumstances in Estonian law

2.1. Comparative overview

In addition to the well-known doctrine of *force majeure* the Estonian law of obligations is familiar with the doctrine of *clausula rebus sic stantibus*, which less discussed in Estonian legal literature. However, the spread of COVID-19 and the restrictive measures taken to defeat the virus will certainly increase the number of contractors who could well benefit from the *clausula* doctrine. Though restrictive in nature, the criteria for relying on the *clausula* doctrine in Estonian law could in some respects be considered broader than that of the *force majeure* doctrine. For example, in addition to obligors, the *clausula* doctrine could be enforceable by obligees as well.

The Estonian *clausula* or change of circumstances doctrine has no one specific source but is rather a mixture of different interpretations of *clausula* doctrines in a number of international private law instruments and German private law.²⁵ With regard to the definition, the Estonian *clausula* doctrine bears most similarity to the definition of hardship in UPICC Art. 6.2.2. as both enable reliance on the *clausula* doctrine not only in situations where the events that change the contractual equilibrium occur after the contract is concluded but also in cases where the true nature of events become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract. With regard to preconditions for reliance on the doctrine, both UPICC and LOA foresee that the events must be beyond the control of the disadvantaged party. With regard to the definition of the doctrine and the preconditions for relying on the doctrine Estonian provision differs from UPICC only by an additional precondition in § 97(2)4) of the LOA according to which it must be established that the injured party would not have entered into the contract or would have entered into the contract under significantly different terms if the party had known of the change in the circumstances. A similar condition could be found in § 313 of the BGB²⁶. In relation to the consequences of reliance on the *clausula* doctrine LOA is considerably more similar to the BGB than to UPICC, PECL or DCFR. As opposed

24 For example I. Kull. About Grounds for Exemption from Performance under the Draft Estonian Law of Obligations Act (*Pacta Sunt Servanda versus Clausula Rebus sic Stantibus*). *Juridica International* 6, 2001, pp. 44-52.

25 I. Kull. § 97/2, p. 450. LOA Commented edition.

26 German Civil Code (BGB), 18.8.1896.

to these instruments neither BGB nor LOA foresee as a mandatory requirement that the parties should negotiate before turning to court or terminating the contract.²⁷ BGB and LOA both also specify a clear order of preference for the consequences of reliance on the *clausula* doctrine.

Compared to the approaches of other European legal systems like French and German, the Estonian approach to the *clausula* doctrine could be positioned somewhere between the two as German approach seems to be more liberal and the French more restrictive.²⁸

2.2. Elements of the Situation of Changed Circumstances

According to § 97 of the LOA the situation of changed circumstances occurs, when the circumstances under which a contract is entered into change after the entry into the contract and this results in a material change in the balance of the obligations of the parties due to which the costs of one party for the performance of an obligation increase significantly or the value of that which is to be received from the other party under the contract decreases significantly. Therefore, for the situation of changed circumstances to occur, two criteria have to be fulfilled. First, the circumstances under which a contract is entered into have to change and second, this change has to bring about a material change in the balance of the obligations of the parties.

As for the first criterion it is in each individual case vital to establish which circumstances can be considered as circumstances under which a contract is entered into.

According to the Estonian Supreme Court, if the changed circumstances were not those under which a contract was entered into, § 97 of the LOA cannot be applied.²⁹ In the same judgment the Supreme Court defined the circumstances under which a contract is entered into as circumstances which existence, occurrence or endurance is part of the common understanding of the parties and upon which the intention to conclude a contract is built. The Supreme Court clarified that generally the expectations and aims of one party cannot be considered as such circumstances, if they are not conveyed to the other party and the other party has not acknowledged them or cannot be deemed as aware of such circumstances based on the general principle of good faith (§ 6 LOA). Approach taken by Estonian Supreme Court is rather similar to that of the German legal practice. The German Federal Court

27 Note that negotiations should, nonetheless, be strongly recommendable before turning to more severe measures, as in any case the parties themselves are best positioned to amend the contract to their needs. See 2.4 for more details.

28 New Art. 1195 was inserted into the French Civil Code by the Ordonnance No. 25 of 10 February 2016. See *See* the legislative report to the President of the French Republic of February 11, 2016. Available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539&categorieLien=id> (accessed 17.5.2020). French provision is concerned with excessive onerousness (*«l'imprévision»*) and not 'foundations of the contract' or thr hardship. While French doctrine specifies that the change in circumstances must render the performance excessively onerous, the German doctrine does not require that the change in the grounds of the contract should result in a material change in the equilibrium of the parties' obligations.

29 Judgment of the Estonian Supreme Court of 26 October 2010 in case no. 3-2-1-76-10 para. 11.

of Justice (*der Bundesgerichtshof*) has defined the circumstances under which a contract is entered into (*die Geschäftsgrundlage*) not as the actual written content of the contract but as the common ideas of both contracting parties, or the idea of one party, recognisable to and not criticized by the other contracting party, regarding the existence or future occurrence of certain circumstances on which the business will of the parties is based (“*auf denen sich der Geschäftswille der Parteien aufbaut*”).³⁰

Based on the abovementioned definition the Estonian Supreme Court and courts of lower instances have considered the fact that in a normal economic situation the value of the real estate sold or leased does not changed considerably over a short period of time, as a circumstance based on which a contract is concluded.³¹

With regard to the global situation caused by the spread of COVID-19 the various national measures taken to hinder the spread of the disease and decrease the rate of new infections could be regarded as a change in circumstances under which a contract is entered into. The circumstance that forms the basis of the contract and that has now changed is the common understanding of the parties that the economic and social structures both nationwide, regionally and globally continue to operate in a way which the parties are accustomed to. This includes for example that limitations on the freedom of entrepreneurship are restricted to those established by the law and that parties shall have adequate time to adjust to any new limitations. The forced closure of all cinemas, nightclubs, theatres, museums and to a large extent shopping centres³² can presumably be regarded as a change in the aforementioned circumstance under which a number of contracts have been entered into. However, it is important to note that not all contracts are affected by the measures imposed by the person in charge of the emergency situation or by any other person or body, for the purposes of tackling the spread of COVID-19. For example, a contract between the state and IT-company for developing a piece of software is most probably not affected by any of the measures taken because this contract was not concluded on the understanding that people can visit shopping centres or travel freely.

In addition, it should be noted that the spread of COVID-19 in itself could also, in certain circumstances be regarded as the change in circumstances under which a contract is concluded. This could be true in contracts where one of the obligations of the party is to ensure the necessary level of sanitisation and cleanliness. For example, contracts for providing catering, accommodation but also health care contracts. In such circumstances the provider of the goods or services is obliged to make sure that the risk of infection is kept to a minimum. With a spread of a novel

30 BGH, 01.06.1979 - V ZR 80/77. s. 5-6.

31 Judgment of the Estonian Supreme Court of 21 December 2011 in case no. 3-2-1-136-11 para. 17; Judgment of the Estonian Supreme Court of 26 October 2010 in case N.º 3-2-1-76-10 para. 15; Judgment of the Estonian Supreme Court of 22 November 2010 in case N.º 3-2-1-99-10 para. 12; Tartu Circuit Court ruling from 2 April 2018 in civil case N.º 2-11-45657.

32 Application of Measures of Emergency Situation, order no. 77 of the Government of the Republic of Estonia. Available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/508052020004/consolide> (accessed 17.5.2020) and Order of the Person in Charge of Emergency Situation for Imposing a Restriction on the Freedom of Movement in Commercial Establishments, order N.º 46 of the Prime Minister. Available at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/504042020002/consolide> (accessed 17.5.2020).

disease the measures taken by such a contractor have to be altered considerably. For example, restaurants and hotels would need to increase cleaning intervals, issue masks and provide hand sanitisers to all guests and employees. Therefore, it could be considered, that such contracts had as its basis the common understanding that the virological situation and the diseases that have to be taken into consideration when providing the goods or services stay, to the large extent same or at least similar as at the time of contracting. Considering the novelty and uncertainty related to the new COVID-19, its spread could thus be regarded as a change in such a circumstance.

In addition, a material alteration in the equilibrium of the obligations of the contracting parties has to occur. The question of what could be considered a material change i.e. the materiality threshold is much discussed in legal literature. The Estonian Supreme Court has, in one judgment considered a change of 50% material (regarding the reduction the real estate's market value).³³ However, in the German legal practice a threshold of 150% has been mentioned, but on the other hand, Finkenauer has considered all thresholds arbitrary and stressed the importance of ad hoc assessment of each individual case.³⁴ Brunner, however, still considers certain yardstick thresholds relevant, necessary and helpful for providing an initial assessment to the materiality question. He considers 80-125% as an indicative materiality threshold.³⁵ The 100% level is contested by Schwenzer, who, in the context of international contracts, considers it to be too small. She proposes an indicative threshold of 150-200% for international contracts as parties should generally be prepared to more changes and need to take into consideration more factors when contracting internationally.³⁶ Based on the aforementioned different positions, it would seem to be reasonable to consider the materiality threshold as falling to somewhere between 100% and 200%, taking into consideration the differences between national and international contracts. The threshold of 50% that has so far been adopted in the Estonian legal practice, might on reflection turn out to be too small and enable the application of § 97 of the LOA also in situations where the contractual equilibrium of obligations should not merit it. However, as previously noted and stressed by many legal writers, any threshold stated in legal practice can only serve the purpose of an indicative

33 Judgment of the Estonian Supreme Court of 21 December 2011 in case N.° 3-2-1-136-11 paras. 17, 20. Similar materiality threshold was applied by the Tartu Circuit Court in relation to the market value of a real estate lease in its ruling from 2 April 2018 in civil case N.° 2-11-45657.

34 T. Finkenauer. BGB Münchener Kommentar § 313 rn. 58, im J. Säcker. und andere (Hrsg.) Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2019 (hereinafter T. Finkenauer, MüKoBGB). It is interesting to mention that the 50% threshold was, for a short time also present in the official comments of UPICC, however, from the 2004 version onwards the official commentary of UPICC has abstained from providing any indicative materiality thresholds. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 1994. Rome: UNIDROIT 1994. art 6.2.2./2 p. 147. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994> (accessed 17.5.2020).

35 C. Brunner. Force Majeure and Hardship under General Contract Principles. Exemption for Non-Performance in International Arbitration. The Netherlands: Wolters Kluwer, Kluwer Law International BV 2009. pp. 426-427, 431-432.

36 I. Schwenzer. Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts. Victoria University of Wellington Law Review 2008, N.° 39, pp. 716-717.

yardstick and a case-by-case analysis must always be carried out, taking into account the specifics of each contract.

In addition to considering the materiality of the changed equilibrium, it is, according to the Estonian Supreme Court, important to pay attention to the point in time compared to which the equilibrium has changed. Namely, the material change in equilibrium of obligation has to occur, compared to the time of contracting.³⁷ Thus, for example in case of a ten year lease a change in the equilibrium that occurred in the end of the ninth year and that might be considered material when compared to the beginning of that year might turn out to be insignificant when compared to the time when the contract was concluded. In such a case the situation of changed circumstances in the meaning of § 97 of the LOA does not exist.

The emergency situation declared by the Government of the Republic of Estonia could in addition to *force majeure* situations also give ground to a material alteration in the equilibrium of obligations of contracting parties. Whereby in the *force majeure* situation the fulfilment of an obligation is objectively impossible, and the *force majeure* doctrine provides the debtor with an objection to the obligee's claim, the performance of an obligation is not impossible in case of changed circumstances. The obligor can still perform the contract as agreed upon however it is considerably more onerous to him. Therefore, § 97 of the LOA is not applicable in cases where the party is restricted from performing its contractual obligations due to the restrictions prescribed under the emergency situation. Thus, for a cinema operator, who has sold tickets to screening the adoption of the aforementioned Government order no. 77 'Application of Measures of Emergency Situation' constitutes a *force majeure* event. However, it is probable that to many other contractors the complications caused by COVID-19 or measures taken to restrict its spread only mean that the fulfilment of their obligations has become materially more onerous or that the value of what they receive from the contract has decreased considerably. For example, an operator of a store in a shopping centre, who leases the store from the shopping centre and who was forced to close the store under a Government order, is probably in a situation where a value of the leased property has decreased considerably. A store in a shopping centre is worth considerably less if at all anything if such a store cannot be opened for business. The above situation would not fall under the *force majeure* situation as objectively the store operator can still perform its obligations from the lease agreement i.e. pay the rent to the shopping centre.

Furthermore, when assessing whether a material change in the equilibrium of obligations due to COVID-19 has occurred it is important to assess once again all the relevant aspects of the relationship. For example, it should be considered whether the aggrieved party could have opted for accessible alternatives that would have resulted in a smaller change contractual equilibrium.

³⁷ Judgment of the Estonian Supreme Court of 4 May 2011 in case N.º 3-2-1-24-11 para 13.

2.3. Criteria for Reliance on the Situation of Changed Circumstances

In case of changed circumstances situation, a party can only rely on it (i.e. demand amendment or terminate the contract) if all the preconditions stated in § 97(2) of the LOA are fulfilled. These preconditions are: (1) at the time of entry into the contract, the injured party could not have reasonably expected that the circumstances might change, (2) the injured party could not influence the change in the circumstances, (3) the risk of a change in the circumstances is not borne by the injured party pursuant to the law or the contract, and (4) the injured party would not have entered into the contract or would have entered into the contract under significantly different terms if the party had known of the change in the circumstances.

With regard to the first precondition it should be noted that not only the unforeseeability of the change in circumstances but also the unforeseeability of the alteration in contractual equilibrium itself, should be considered as fulfilling the said criterion. This is because the aim of the first precondition is to exclude the possibility to rely on the changed circumstances if the party foresaw the change and could therefore have safeguarded itself against such a change. If, however, the party foresaw the change in circumstances but not its consequences i.e. the material change in contractual equilibrium, the party should not have taken any steps to insure itself against the change. Upon assessing whether something was foreseeable or not the duration and moment of contract conclusion should be taken into account. Heavy snowfall in Estonia should e.g. be foreseeable in case of a three-month contract concluded in October but its foreseeability in case of a three-month contract concluded in June might be questionable. It would thus stand to reason to regard more circumstances foreseeable in case of long-term contracts as opposed to contracts with shorter term. Considering the well-known cyclic nature of the global economy whereby crises occur at certain intervals, an economic crisis caused by the spread of COVID-19 and measures taken to fight it, should in broad terms have been foreseeable in case of a 30 years' contract concluded 10 years ago, however, the same would probably not hold true for a 6-month short term lease contract concluded in December 2019.

Regarding the unforeseeability criterion, it is reasonable to presume that the spread of COVID-19 and its consequences can be regarded as unforeseeable for many contracting parties. Taking into account the mixed and uncertain signals sent by the Government officials directly before the establishment of the emergency situation in Estonia the consequences of the measures imposed might be considered unforeseeable even a short time before they were imposed. Only in case of contracts concluded after the measures were taken is it possible to say for sure that these measures were foreseeable for contracting parties.

The second criterion, as opposed to the first, is a subjective one, and upon assessing whether it is fulfilled the subjective characteristics of a party need to be considered. In that regard it would be beneficial to differentiate between big and small basis of contracts. This is a distinction originating from German legal practice, whereby the circumstances forming the basis of contract were divided into two categories, *Große und kleine Geschäftsgrundlage*. The big basis of contracts includes

circumstances relevant to a large group of people. This includes, wars, natural disasters, economic fluctuations and acts of legislation and government. Small basis of contracts on the other hand is something that is only relevant to the current parties to the contract.³⁸ Generally a big basis of contract is something that neither of the contracting party can affect. The only exemption would be states who e.g. could be considered capable of affecting the occurrence of wars and who are also responsible for government and legislative acts. With regards to COVID-19 the state could therefore not rely on a change in circumstances caused by the establishment of the emergency situation. However, the states possibility to rely on the change of circumstances caused only by the spread of the virus as such is questionable. On one hand the virus has spread globally and almost all states have been affected by it, on the other it could be argued that the state could have imposed stricter measures sooner to eliminate the spread of COVID-19 in Estonia more efficiently. Considering the response of the Estonian Government and that of other governments it is nonetheless difficult to consider that the Estonian Government could have avoided the spread of COVID-19. In any case it is probably still too early days, and in any case out of scope of the present work to give a full assessment on the adequacy of the responses of different governments to the COVID-19 crisis.

Upon deciding whether an aggrieved party bears the risk of changed circumstances, again, all relevant aspects should be considered. First and foremost, it should be determined whether the contract or applicable law distributes the risk between the parties *expressis verbis*. If this proves unfruitful the contract needs to be interpreted using the general tools of interpretation. However, according to the Estonian court practice, the obligor should be considered as the bearer of risk in majority of cases.³⁹ Deriving from the principle of nominal value debt found in § 92 of the LOA, the risk of inflation is, however, borne by the obligee. Therefore, in general the obligee, in situations where the value of the receivable has diminished, is better positioned to rely on § 97 of the LOA than the obligor, who in most instances bears the risk of changed circumstances.

As COVID-19 has caused grievances to both obligors and obligees, situations whereupon the aggrieved party does not bear the risk of changed circumstances should be highly likely. For example, in the abovementioned shopping centre example, the store owner was in the position of an obligee in terms of receiving the store for use from the shopping centre. As the value of the store had decreased and as according to the general principle the obligor i.e. the shopping centre should bear such a risk, relying on § 97 of the LOA by the store owner should be possible provided that all the other preconditions are fulfilled.

With regard to the final precondition, it is to be noted that that standard for assessing its fulfilment should be objective taking into consideration the reasonable person in similar situation.⁴⁰ Otherwise the precondition might become irrelevant

38 Martens, S. BGB Online GrossKommentar 2019, § 313 rn. 58-58.2. Beck-online. Available at: <https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata/komm/BeckOGK/cont/BeckOGK.htm> (accessed 17.5.2020).

39 Judgment of the Estonian Supreme Court of 1 December 2011 in case N.º 3-2-1-136-11 para. 22.

40 I. Kull. § 97/4.3.6, p 458. LOA Commented edition.

as the aggrieved party is always entitled to claim that he or she would have acted differently. This precondition could probably be considered unfulfilled only in circumstances where the party had some specific, overwhelming need to conclude the contract. In other circumstances it is difficult to construe a reasonable third person in a similar situation, who, knowing of a material alteration in the contractual equilibrium of obligations to its detriment, would still conclude the contract on the same terms. Taking into account the severity of the change in circumstances caused by COVID-19, it could be reasonably concluded that in case of contracts affected by COVID-19 the fourth criterion is fulfilled.

2.4. Amending the Contract

If the situation of changed circumstances has been established and the preconditions for reliance on it are fulfilled, the aggrieved party may rely on the changed circumstances according to § 97(1) and (5) of the LOA. In order to rely on the changed circumstances the change must generally occur after the conclusion of the contract, the only exemption, according to § 97(3) of the LOA being the situation where the party learned of the changed circumstances after the conclusion of the contract i.e. the party had a wrongful understanding of the circumstances at the time of contracting. However, the party can, according to § 97(4) of the LOA, rely on the changed circumstances also retroactively. This enables the party to fulfil its obligation as per contract and later demand amendment of the contract if the circumstances had changed by the time of fulfilment. Thus, the obligor can avoid non-performance that might otherwise occur and that might cause the obligee to use legal remedies.

As mentioned above § 97 of the LOA, similarly to § 313 of the BGB sets forth a clear order of preference for the consequences of reliance on the *clausula* doctrine. First and foremost, the party may demand the amendment of the contract. Even though, the LOA does not foresee negotiations between the parties as an obligatory first step before turning to the courts, negotiations should generally precede the claim for amendment in court.

First, considering the costs and time it takes to reach to a final verdict in court, the parties are most probably themselves more willing to discuss and renegotiate the contract.

Second, deriving from the principle of freedom of contract, a contract is something created by the parties to regulate a legal relationship between them. Therefore, the parties themselves are also best positioned to amend the contract and recreate the legal relationship in the new circumstances. In one of the few court decisions where the court ruled that a contract should be amended the court decided to reduce the contractual price due to the changed circumstances.⁴¹ Due to the lack of legal practice and court decisions it is at the moment difficult to predict whether the courts would be willing to change any other provisions of the contract than price. However, based on the principles of *pacta sunt servanda* and the freedom

⁴¹ Tartu Circuit Court ruling of 2 April 2018 in civil case N.º 2-11-45657.

of contract the court's intervention to the legal relationship should be as excessive as needed to cure the injustice caused by the changed equilibrium but as limited as possible to maintain the contract, to the largest extent possible, in the form agreed by the parties.

2.5. Terminating the Contract

Paragraph 97(5) of the LOA foresees that if amendment of the contract is not possible or if it would be unreasonable to the other party the aggrieved party may terminate the contract. Termination of contract would in this case take place according to the general provisions regulating the termination (§§ 188-196 LOA) by submitting an application of withdrawal or cancellation (depending on whether the contract is a regular or a long-term contract) to the other party. According to § 97(5) of the LOA, for terminating the contract, a situation of changed circumstances must exist and all the preconditions for demanding the amendment of the contract need to be fulfilled. In addition, it must be unreasonable to demand the amendment, or the amendment must be impossible. Whether the amendment of the contract is possible or not, could most probably be revealed during the court proceedings upon which instance the aggrieved party should submit an application to the other party, as according to paragraphs 188-196 of the LOA, the court cannot terminate the contract. However, the question of whether it is reasonable to demand the amendment of the contract with regard to the other, might be resolved also in negotiation or the unreasonability might be evident even before the negotiations.

Whether the grievances caused by COVID-19 are such that make the amendment of the contract impossible or unreasonable depends on the particular contract. It would be reasonable to regard amendment impossible in case of contracts concluded in areas strongly affected by the virus or the measures taken to stop it, such as transport and tourism. The reasonableness of amending the contract might also depend on the term of the contract and the eventual duration of the coronavirus crisis. Turning back to the shopping centre example it should in general be regarded that amendment of the contract is reasonable and possible, as the closure of shopping centres lasted less than two months which is a relatively small time period compared to the terms of lease contracts that might extend to many years. Of course, the particulars of each circumstance and contract need to be considered upon deciding the possibility of amending the contract.

3. Good faith principle

In the Estonian legal order, the principle of good faith has been in force as a general principle of civil law since 1 September 1994, when the General Part of the Civil Code Act⁴² has been adapted. The principle of good faith is also contained in the

42 General Part of Civil Code Act (tsiviilseadustiku üldosa seadus), entry into force 1.1.1994.

General Part of the Civil Code Act (GPCCA)⁴³ passed on 27 March 2002. Pursuant to special rule applicable to legal obligations, § 6(1) of the LOA obligees and obligors shall act in good faith in their relations with one another. LOA § 6(2) provides that nothing arising from law, a usage or a transaction shall be applied to an obligation if it is contrary to the principle of good faith reinforcing the principle that abuse of the rights derived from the law, contract or usages is not allowed. This rule gives judges a remarkably wide discretion as to whether or not to apply certain provisions of the LOA or any other legal act, usage or contract.⁴⁴ During the past 20 years, Estonian courts have developed a quite consistent and predictable practice in using the principle of good faith to protect parties from unfair behaviour in contractual relations. In most cases the principle has been used as a tool by courts to prevent the abuse of rights.⁴⁵

Through the principle of good faith, obligations can be extended, i.e. new obligations can be created further to those agreed upon in a contract or provided by law, also the exercise of rights can be restricted and amendments can be allowed to contractual provisions if changed or unforeseeable circumstances appear. For example, termination of the contract may be prohibited under § 6 of the LOA, taking into account all circumstances of the contractual relationship, even if the ground used for the termination was agreed between the parties to the contract.⁴⁶ Also, a claim of interest for late payment may be against the principle of good faith if, due to the circumstances of the case, claiming interest for late payment does not correspond to the nature of the contractual relationship, the purpose of the contract, or to socially acceptable moral standards (e.g. it is unjust).⁴⁷ Thus, the principle of good faith allows for the dismissal of claims arising from law, usage or contract, and thereby enables to assess the behaviour of the parties (but it does not give judges the right to assess the content of the contract). The extraordinary nature of the COVID-19 pandemic calls for good faith as a tool in the hands of the courts in solving disputes.

Principle of good faith is a general principle which can be found also in number of specific provisions like obligation to cooperate (§ 12(2) LOA), obligation to perform obligations pursuant to the principles of good faith and reasonableness, taking into account usages and practices (§ 76(1) LOA), to notify the obligee of an impediment to performance and of the effect of such impediment on the performance of the obligation immediately after the obligor becomes aware of the impediment (§ 101(3) LOA), not to refuse from cure offered by the obligor without any legitimate interest (§ 107 LOA), not to withhold the performance if this would be unreasonable in the circumstances or contrary to the principle of good faith (§ 111(3) LOA), etc. So, being a 'last resort' for parties to the contract, principle of good faith provides a

43 General Part of Civil Code Act (tsiviilseadustiku üldosa seadus), entry into force 1.7.2002. Available in English at: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/528052020001/consolide> (accessed 17.5.2020).

44 See also I. Kull. Principle of Good Faith and Constitutional Values in Contract Law. *Juridica International* 2002, N.º 7, pp. 142-148.

45 A general clause derived from the principle of good faith, namely *exceptio doli* i.e. the defence of the claimant's unclean hands, is enshrined in § 138(1) GPCCA.

46 Judgment of the Estonian Supreme Court of 6 April 2018 in civil case N.º 2-15-3965, para 16.

47 Judgment of the Estonian Supreme Court of 23 October 2007 in civil case N.º 3-2-1-41-07, para 27.

very efficient protection against abuse of rights and may be used also as a ground for new obligations between the parties based on the specific situation caused by COVID-19 pandemic.

4. Allocation of risks in specific contracts

Risk sharing in the event of possible force majeure is also regulated by special rules for several types of contracts. For example, in a lease contract, the lessee bears the risk that the use of the leased premises will generate revenue as intended when the lease was entered into. Generally, the tenant is obliged to pay the rent regardless of whether he uses the rented premises or not. The tenant also bears the risk that the intended use is permitted. How the courts will allocate the risks between the parties in the situation of COVID-19 pandemic, will be seen in future. For example, sports clubs that had to close gyms in an emergency situation are not presumably relieved of the obligation to pay rent, as the lessor does not bear the risk of being banned. However, on the basis of § 296 (3) of the LOA, the lessee may reduce the rent, which the lessor saves on electricity and heating costs, if these were included in the rent. If there is an obstacle to the contractual use of the thing, the lessee may reduce rent (§ 278(4) LOA) or not pay rent or bear accessory expenses for any period when the lessee cannot use the thing for its intended purpose due to obstacle not depending from the lessee (§ 296(1) LOA). If the lessee closed the premises without being obliged to do that due to the emergency situation, the lessee shall still pay rent because while the use of premises was prevented due to circumstances depending on the lessee.

There are also some provisions providing higher protection to consumers. For example in consumer credit contracts, it is forbidden to terminate consumer credit contracts unless the consumer is in default with 3 months payments (§ 416(1) LOA). The consumer has to be granted an additional term of at least two weeks to the consumer for the payment of the remaining amount together with notification that the creditor will cancel the contract upon failure to pay the tranches within the term and will claim for payment of the whole debt. In addition, a creditor shall, not later than at the same time as granting an additional term, offer a consumer the opportunity to negotiate in order to reach an agreement (§ 416(2) LOA). The carrier shall not be liable for damage which is caused due to loss of or damage to the goods or a time limit being exceeded if the loss or damage is caused or the time limit is exceeded due to force majeure (§ 793(1) LOA). Thus, the specific rules of different types of contracts can also be the basis for resolving disputes and finding a fair balance in the distribution of risks between the parties to the contract.

5. Voluntary measures

Immediately after the emergency situation was announced, businesses and private persons offered voluntary measures to overcome difficulties caused by the world-

wide CORONA-19 pandemic. Most importantly KredEx Foundation,⁴⁸ the state-owned financial institution is offering additional measures aimed at assisting Estonian companies like for example extraordinary loan guarantees in co-operation with banks since the end of March, guarantee in cases where the bank relaxes the repayment schedule for an existing bank loan or issues a new loan.⁴⁹ Also, support was provided to companies, so that the Estonian Unemployment Insurance Fund⁵⁰ offered to pay 70% of the employees' salaries. Though no formal obligation to provide payment holidays on the repayment of bank loan principals was established, the majority of Estonian banks offered a three to six months' payment holiday to their clients. Similarly, due to market pressure many landlords have been voluntarily reducing the rent for their tenants.

The members of the Estonian Banking Association established a general procedure governing the granting of private payment moratoria across the entire sector ('Procedure for Payment Moratoria') to be necessary to alleviate the negative influence on Estonian businesses and consumers from the emergency situation.⁵¹ The Procedure for Payment Moratoria was applied to contracts entered into before 12 March 2020 and is valid within a limited period of time, coming into force on 27th of April 2020 and being valid until 30th of June 2020. The customer must file for a payment moratorium before 30rd of June 2020. The Procedure for Payment Moratoria is applied solely in regard to customers who did not have payment difficulties prior to the application of the Procedure. Solely the schedule of payments shall be changed for a limited predefined maximum period of time, other terms and conditions of the loan cannot be changed, in particular this applies the interest rate, unless such change only serves for compensation to avoid losses which an institution otherwise would have due to the delayed payment schedule under the moratorium. Special rules are adapted to private and legal persons, to mortgage loans, consumer credit and leasing contracts. Today, Estonian banks have granted payment holidays to more than 21,000 customers, of which 70% are individuals and 30% companies. Loan repayments have been postponed for almost EUR 1.9 billion in loans, of which 20% are loans to individuals and 80% to companies.⁵²

Several local governments have waived the requirement to rent from companies to which local government property has been leased. For example, On 1 April 2020, the Tallinn City Government approved the Tallinn city business environment aid

48 KredEx is a foundation set up by the Ministry of Economic Affairs and Communications in 2001 with the aim of providing financial solutions. See more at: <https://kredex.ee/en/who-we-are/sa-kredex> (accessed 17.5.2020).

49 See more on KredEx begins offering the first crisis measures in cooperation with banks. Available at: <https://kredex.ee/en/koroona> (accessed 17.5.2020).

50 Estonian Unemployment Insurance Fund (töötukassa). See more at: <https://www.tootukassa.ee/eng> (accessed 17.5.2020).

51 Background to establishment of the procedure for granting payment moratoria is available at: <https://www.pangaliit.ee/files/Shared%20procedure%20for%20granting%20payment%20moratoria%20due%20to%20the%20emergency%2024.04.2020.pdf> (accessed 17.5.2020).

52 Information is available at: <https://www.pangaliit.ee/covid-19> (accessed 17.5.2020).

measures to mitigate the negative impact of the state of emergency.⁵³ The aid measures are primarily aimed at economic operators that have contractual relationships with the city or that affect the local government operations. It does mean for example reducing rent for 100% and user fees for contract partners for three months. In addition, the city government decided to pay for the services earlier than agreed, no contractual penalties and interest on arrears will be collected due to difficulties in performing obligations, a 50 percent advertising tax credit will be applied. Several private landlords reduced the amount of rent or gave the option to defer payment of rent.

Conclusions

Estonian contract law provides number of legal mechanisms to deal with the impact of COVID-19 pandemic like excusability of non-performance on the bases of force majeure circumstances or right to demand negotiations or termination the contract on the bases of change of circumstances. It is clear that force majeure event is not the pandemic *as such*, but the factual or legal effects of measures taken by the governments to prevent the consequences of the pandemic. COVID-19 pandemic and restrictions established by state are exterior to the parties of the contract and unforeseeable and its effects cannot be avoided by appropriate measures. It is important to note that not all contracts are affected by the measures imposed by the person in charge of the emergency situation or by any other person or body, for the purposes of tackling the spread of COVID-19. Furthermore, when assessing whether a material change in the equilibrium of obligations due to COVID-19 has occurred it is important to assess once again all the relevant aspects of the relationship. For example, it should be considered whether the aggrieved party could have opted for accessible alternatives that would have resulted in a smaller change contractual equilibrium. However, based on the principles of *pacta sunt servanda* and the freedom of contract the court's intervention to the legal relationship should be as excessive as needed to cure the injustice. The particulars of each circumstance and contract need to be taken into account which mean that all legal mechanism require a case-by-case analysis. Finally, the principle of good faith provides flexibility based on previous court practice and generally accepted standards of conduct.

⁵³ See Crisis help information for economic operators. Available at: <https://www.tallinn.ee/eng/business/Crisis-help-information-for-economic-operators> (accessed 17.5.2020).

Greece – Corona Virus and its Impact on Contracts

Eugenia Dacoronia

Professor of Civil Law

National and Kapodistrian University of Athens (EKPA)

To face COVID-19, this current, exceptional and unforeseeable pandemic, the extraordinary procedure of enacting Acts of legislative content was followed in Greece, a procedure provided by the Greek Constitution in exceptional circumstances. Accordingly, as of the 25th of February 2020 till the 1st of May 2020 nine Acts of Legislative Content have been issued which have been ratified by law and have been followed by a considerable number of ministerial decisions, necessary for their implementation. Said acts contain provisions imposing measures for the prevention and limitation of the spread of COVID-19 including the lockdown of enterprises for a certain period. The question that arises is what is the impact of such lockdown on contracts.

A pandemic is characterized as force majeure and events of force majeure have the following consequences according to the Greek Civil Code (GCC):

- The prescription period of a claim is suspended for as long as the obligee has been prevented because of such an event from pursuing his claim within the last six months of the period of prescription (art 255 sent 1 GCC).
- If the impossibility of performance of one of the contracting parties is due to an event described as force majeure, the other contracting party is also absolved from the obligation to counter perform (art 380 GCC). If the counter performance has already been fulfilled, it may be recovered according to the provisions of unjust enrichment (art 904 f GCC).
- Though, as a rule, when the delay is not due to the debtor, no right of rescission is provided (see arts 382, 383 GCC, where the right of rescission from the contract is in principle given to the creditor if the debtor, who is responsible for the delay, is *at fault*), in the case of the pandemic and due to it, if the creditor has no more interest in the fulfilment of the performance, then the right of rescission should be recognised to him/her by applying by analogy arts 343 § 2 and 380 GCC.
- There is field for judicial termination or of revision of a reciprocal contract, according to art 388 GCC, as the COVID-19 situation falls with no doubt among the cases of an unforeseen change in the circumstances which upsets the balance

between performance and counter-performance and gives ground to a judicial intervention by allowing the judge to revise the contract or even to terminate it.

Apart from the provisions of the GCC which are of help, as mentioned above, urgently enacted Acts of Legislative Contents also tried to give equitable solutions to the problems the lockdown generated to various sectors of the Greek economy. Namely:

- Arts 70 and 71 of the **Act of Legislative Content of 13.4.2020**,¹ ratified by L 4690/2020,² adopt measures addressing the termination of contracts between touristic enterprises or between touristic enterprises and customers and introduce the possibility of granting a credit note of equal value, valid for eighteen months (18) months as of the date of issuance instead of refund. If the credit note will not be used at its maturity, the enterprise is obliged to pay the customer or the other enterprise an amount of money equal to the value of the credit note.
- Art 2 § 1 of the **Act of Legislative Content of 20.03.2020**,³ ratified by L 4683/2020,⁴ provides that the tenant of a professional lease for the establishment of a business, for which special and extraordinary measures have been taken regarding the suspension or provisional prohibition of the operation for preventive or repressive reasons that are related to coronavirus COVID-19, is exempted from the obligation to pay 40% of the total rent for months April and May 2020, by way of derogation from the applicable lease provisions.
- The **Act of Legislative Content of 11.3.2020**,⁵ ratified by L 4682/2020,⁶ provides that till the 10.04.2020, period that can be extended by a common Ministerial Decree, the employer can decide that the employee will offer his/her services through teleworking (art 4 § 2).
- The **Act of Legislative Content of 20.3.2020**,⁷ ratified by above mentioned L 4683/2020, provides that the employer whose enterprise is severely impacted because of the compulsory, extraordinary and provisionary measures in the market imposed for combatting the spread of Coronavirus COVID 19 or who has been on a temporary lockdown on the basis of the extraordinary provisions may provisionally transfer personnel to another enterprise of the same group, after a relevant

1 FEK A'84.

2 FEK A'104.

3 FEK A' 68.

4 FEK A' 83/10.04.2020.

5 FEK A' 55/ 11.03.2020.

6 FEK A' 76/03.04.2020.

7 FEK A' 68/20.03.2020.

agreement between themselves. The enterprises of the group that are going to make use of this possibility must maintain the same number of employees (art 10 §§ 1 and 2).

- The **Joint Ministerial Decision (CMD) 12998/23.3.2020**⁸ of the Minister of Finance and of the Minister of Labour and Social Affairs, implementing the Act of Legislative Content of 14.3.2020,⁹ ratified by L 4682/2020, as well as the Act of Legislative Content of 20.3.2020, ratified by L 4683/2020, and after the relevant legislative authorisation, provides that the lockdown imposed by the authorities is regarded as force majeure and absolves employees of enterprises who have been on a temporary lockdown by order of the public authority from the obligation to render services and their employers from the obligation of salary payment (Chapter A, A.1., art 1§1). In this case and, for as long as the obligatory lockdown is in force, the employment contracts are suspended (Chapter A, A.1., art 1§2). The Ministerial Decision also stipulates that fixed-term employment contracts that are due to expire during the lockdown shall also be suspended and shall continue for the rest of their term after the lockdown is lifted (Chapter A, A.1., art 1§3). Employees of enterprises whose activity has been suspended receive an amount of eight hundred (800) Euros as an emergency financial aid, called special purpose compensation, which covers a period of forty five (45) calendar days, provided that they do not have an employment contract with another employer (Chapter A, A.1., art 3 § 1).
- By the **Act of Legislative Content of 01.05.2020**,¹⁰ ratified by L 4690/2020,¹¹ enterprises severely impacted may extend the suspension up to 60% of the contracts already suspended for a maximum period of thirty (30) days but not later than the 31.5.2020 (art 10 §1). For enterprises whose compulsory lockdown continues by order of the public authority during the month of May 2020, the suspension of their employees' employment contracts is extended for as long as the lockdown continues.

As an epilogue: The Corona Virus COVID-19 pandemic has not only upset contracts creating a lot of financial problems, not easy to be tackled, but also signals the beginning of a new era. An era where teleworking will be established where possible, e-commerce will flourish and other upheavals will take place. As all things in life have two sides, the rapid and useful changes, dictated by this unexpected, at least to non-specialists, pandemic, that lead to an e-world, constitute the good side. The other side is the alienation, the lack of real, human contact. A big effort has to be made for this latter not to be established for long.

8 FEK B' 1078/28.03.2020.

9 FEK A' 64/14.03.2020.

10 FEK A' 90/01.05.2020.

11 FEK A' 104/30.05.2020.

Sobre los autores

TOMO I

Luciano Barchi Velaochaga

Abogado por la Universidad de Lima, Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Candidato a doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Profesor en la maestría de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Jairo Cieza Mora

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Civil y Comercial en la UNMSM (2011) y candidato a Doctor por la misma casa de estudios (2019). Investigador de Concytec inscrito ante Renacyt. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Derecho Civil) en pregrado. Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Derecho Civil) en pre y posgrado. Profesor en la Universidad de Lima (Derecho Civil) en pregrado. Profesor en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (Derecho Civil y Derecho y Literatura) en pregrado. Socio principal del Estudio Cieza Abogados. Árbitro en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Asesor del Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Decreto Legislativo N° 295, Código Civil. Autor de libros y artículos jurídicos.

Olga Fiorella Julia Vásquez Rebaza

Doctoranda en Derecho. Maestra en Gestión y Desarrollo Inmobiliario por la ESAN Graduate School of Business. Abogada titulada con mención por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como Jueza especializada en lo Civil de la Corte Superior de Callao y como Catedrática en Derecho Civil e Investigación Jurídica en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se ha desempeñado como abogada en la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, donde

obtuvo un reconocimiento por su destacada labor en la Subdirección de Supervisión en el año 2015. Asimismo, en dicha institución pública formó parte de la Comisión Revisora de la modificación del Reglamento de la Ley N° 26856 Ley de Playas. Así también, fue Asesora en la Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso de la República, coadyuvando a la iniciativa legal denominada «Ley de uso y gestión de suelo urbano», así como, a «Ley de la Vivienda Social», entre otros. Cuenta con Certificación de especialista en materia de gestión de bienes estatales y contrataciones con el Estado. Es autora de diversos artículos y traducciones relacionadas al Derecho Civil y al Derecho Administrativo.

Guillermo Andrés Chang Hernández

Abogado por la Universidad Nacional SLG-ICA, Posgrado en la Universidad Castilla la Mancha (Toledo-España), miembro de la asociación Iberoamericana de Derecho Privado y del Instituto Peruano de Derecho Civil.

Hugo Forno Odría

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en contratos, corporativo, y arbitraje. Autor del libro *Asistencia financiera prohibida (2020) y de diversos artículos sobre contratos, corporativo y arbitrajes. Asociado del área de Litigios y Arbitraje de la oficina de Lima de la firma de abogados internacional Garrigues*. Ha sido profesor adjunto en la Universidad del Pacífico y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sergio García Long

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Sus áreas de práctica se enfocan en Derecho de Contratos, Corporativo, Fusiones y Adquisiciones, Financiamientos y Arbitrajes. Asociado en Vargas Pareja Abogados & Consultores. Previamente ha pertenecido a las firmas de abogados Rubio Leguía Normand, Fernández & Vargas, y Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Ha sido profesor adjunto en Derecho de las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Análisis Económico del Derecho y Temas de Derecho Societario en la PUCP. Es autor de los libros *Un Big MAC, por favor: la cláusula MAC en fusiones y adquisiciones* (2016), *La función punitiva en el derecho privado* (2019) y *El cambio de circunstancias en el derecho de contratos* (próximamente). Editor de las obras colectivas *Derecho de arbitraje* (2019) y *Derecho contractual financiero* (2019), Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su Centenario, así como editor del libro *Derecho de los desastres: COVID-19* (2020).

Alfredo F. Soria Aguilar

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Contractual en dicha casa de estudios, en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Universidad del Pacífico. También ha sido docente de Contratos en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue Miembro del Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, presidida por el Dr. Gastón Fernández Cruz. Integrante de la Nómina de Árbitros de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, AMCHAM, entre otras instituciones arbitrales a nivel nacional. Inscrito en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE (RNA-OSCE). Autor de diversos artículos acerca de contratos, derecho arbitral y contrataciones con el Estado.

Roger Vidal Ramos

Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Magíster en Derecho Civil y Comercial y candidato a doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, segunda especialización en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor San Marcos, Universidad de San Martín Porres y Universidad Nacional Hermilio Valdizán. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado – director del Capítulo Peruano, y del Instituto Brasileiro de Derecho Contractual. Fundador de Estudio Vidal Abogados y árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales.

Max Salazar Gallegos

Profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú de los cursos de Protección al Consumidor en el Sector Educativo, Inmobiliario y Salud, Temas de Derecho Societario, Registro de Personas Jurídicas Societarias, y del curso de Personas Jurídicas. Además, es profesor de Maestría en la Universidad de Lima en el curso de Responsabilidad y Tutela de Consumo. Es abogado en ejercicio, árbitro, y máster en derecho empresarial, con Posgrado en Derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ha escrito numerosos artículos sobre temas de su especialidad en obras conjuntas y revistas académicas. Participa en asesorías a empresas públicas y privadas desde el año 1993.

Walter Vásquez Rebaza

Abogado y Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho de Contratos de nivel de pregrado y posgrado en dicha casa de estudios. Asociado senior en Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría (área de Solución de Controversias). Integrante de la delegación peruana en el Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (Gadal). Fue Miembro del Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, presidida por el Dr. Gastón Fernández Cruz y conformada según Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS.

Lorena Guardia Muguruza

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en litigios civiles, comerciales, constitucionales y arbitraje. Asociada del área de Litigios y Arbitrajes del Estudio Olaechea.

Yuri Vega Mere

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María. Autor de diversos libros en derecho privado y de numerosos ensayos publicados en el país y en el extranjero. Ha enseñado en las principales universidades del país. Especialista en Derecho Civil y, en particular, en Contratación, Derecho de la Construcción, Derecho Inmobiliario, Derecho Corporativo y Derecho de Familia. Árbitro. Socio senior de Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados.

Carlos Antonio Agurto Gonzáles

Profesor en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha sido cosecretario Técnico del Grupo de Trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil Peruano, nombrado por la Resolución Ministerial N° 183-2017-JUS del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. Magíster por la Universidad de Bolonia. Fue Visiting Scientist en la Universidad de Padua. Doctorando en Derecho en la Universidad de Turín (Italia).

María-Pía Guadalupe Díaz Díaz

Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla (España). Maestranda del Máster en Estudios Interdisciplinarios de Género en la Universidad de Salamanca (España). Becaria por la Universidad de Salamanca. Miembro de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia).

Gilberto Mendoza del Maestro

Coordinador del Observatorio Inmobiliario Mercantil – OIM. Miembro del Grupo de Profesores Investigadores de Derecho Inmobiliario, Registral y de la Edificación (DERINRE) de la Universidad Carlos III. Fue Miembro del Sub Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil en los libros Contratos y Registros Públicos, conformada según Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS.

Mario Solís Córdova

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Ciencias Aplicadas, Universidad de San Martín de Porres y Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Ha seguido estudios de especialización en Derecho Civil en la Universidad de Salamanca – España. Fue miembro de la Comisión Consultiva de Derechos Reales del Colegio de Abogados de Lima.

José Carlos Fernández Salas

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master in Urban Planning por Harvard University. Profesor en la Facultad de Derecho de la PUCP y en las Facultades de Arquitectura de la PUCP y de la UNI.

César Landa

Doctor en Derecho. Profesor Principal en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vice Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Ex Presidente del Tribunal Constitucional.

Laura Torres Soto

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, segundo grado en la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Sevilla y con estudios en la segunda especialidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido asociada en el Estudio Hernández & Cía., Yori Abogados, Jorge Avendaño & Forsyth Abogados, Rubio, Leguía & Normand Abogados. Actualmente es asociada senior en De Las Casas & Ulloa Abogados.

Orlando De las Casas de la Torre Ugarte

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con título de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Magíster en Derecho del Trabajo por la Pontificia Universidad Católica del Perú y con estudios culminados de Doctorado. Profesor de la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha publicado diversos artículos especializados, entre los que destacan aspectos vinculados al uso de nuevas tecnologías aplicadas en la relación laboral. Ha sido socio del Estudio Luna-Victoria Asociados, Estudio Yori Abogados, Jorge Avendaño & Forsyth Abogados, Rubio, Leguía, Normand y Hernández & Cía., además de haber sido Director Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de Lima y Callao del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y Vocal del Tribunal del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR. Actualmente se encuentra en De Las Casas & Ulloa Abogados.

César Puntriano Rosas

Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho Individual del Trabajo, Derecho Colectivo de Trabajo, Derecho Procesal del Trabajo, Seguridad y Salud en el Trabajo. Docente en pregrado y posgrado en la Universidad ESAN, en la Maestría en Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Maestría en Derecho del Trabajo en la Universidad de San Martín de Porres. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (SPDTSS). Ha sido socio del área laboral de PriceWaterhouseCoopers (PwC). Actualmente es socio senior en el área laboral del Estudio Muñiz.

André Jorge Cossio Peralta

Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Cuenta con el Título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social expedido por la PUCP, y con el Título de Posgrado de Especialización en «Constitución Social y Derechos Humanos Laborales: Tendencias Globales en la Etapa Actual», expedido por la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Es profesor del curso Derecho Laboral Especial que se imparte en la Facultad de Derecho de la PUCP.

Iván Meini

Profesor Principal de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, España. Ha realizado investigaciones de posdoctorado en la Universidad de Fribourg, Suiza, en el Instituto Max Planck, Freiburg i Br., Alemania, en la Universidad de Göttingen, Alemania y en la Universidad de Los Andes, Colombia. Jefe de Departamento Académico de Derecho y Director de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Juan Diego Ugaz Heudebert

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Penal en dicha casa de estudios y en la Universidad de Lima. Ostenta los títulos de Magíster en Derecho Penal y Experto en Victimología por la Universidad de Sevilla, donde además realizó estudios de doctorado en Derecho Penal. Autor del libro *La exigente de obediencia debida en el derecho penal* y coautor del libro *Feminicidio y discriminación positiva en derecho penal*. Autor de diversos artículos en materia penal. Socio y jefe del área de Derecho Penal en Payet, Rey, Cauvi, Pérez abogados.

Víctor García Sandoval

Es abogado por la Universidad Privada de Tacna, ICAT. N°-00190. Magíster en Derecho Constitucional, Doctor en Derecho, ha sido profesor universitario de pre y posgrado en la Universidad Privada de Tacna, Universidad Científica del Perú – Iquitos, de la Universidad Nacional de Huancavelica; se ha desempeñado como Asesor Legal, Procurador; ha sido Juez Penal con el Nuevo Sistema Procesal Penal; como Juez Penal Unipersonal; Juez Mixto; Juez Superior Penal de las Salas Penales de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna y la Corte Superior de Justicia de Iquitos. También se ha desempeñado como organizador y expositor de diferentes eventos académicos. Ha sido jurado informante y examinador de tesis, y publicado diferentes artículos.

Pierre Foy Valencia

Doctor en Derecho, Máster en Derecho Ambiental (Universidad del País Vasco). Abogado (PUCP). Docente universitario nacional (PUCP, La Molina, AMAG, CAEN, entre otras). Corresponsal peruano: Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental – UICN. Coordinador: Grupo de Investigación en Derecho Ambiental. Instituto de Ciencias de la Naturaleza, Territorio y Energías Renovables PUCP. Director de «Emprendimiento de servicios y consultorías profesionales jurídico ambientales y de bienestar animal».

Asociado a BakerTilly sección Perú. Socio del Estudio Foy & Valdez. Consorcio en derecho ambiental. Autor de numerosas publicaciones en Derecho Ambiental. Consultor y asesor jurídico ambiental y ordenamiento territorial para instituciones privadas y públicas nacionales y extranjeras. Promotor del naciente Derecho Animalístico en el Perú. Publicaciones recientes: *Tratado de derecho ambiental peruano. Una lectura del derecho ambiental desde la Ley General del Ambiente* (2018); *La investigación en el derecho ambiental. Hacia una metodología de la investigación para la disertación jurídica ambiental* (2019); *Testimonios en derecho ambiental. Egresados PUCP* (2020).

Mario Reggiardo Saavedra

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo. Ha sido profesor de Derecho Procesal Civil y Análisis Económico del Derecho en la Universidad del Pacífico (Perú), Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Pontificia Universidad Católica del Perú y Escuela Superior de Economía y Negocios (El Salvador). Expositor y autor de diversos artículos sobre arbitraje y Derecho Procesal Civil. Ha sido miembro de la Comisión del Ministerio de Justicia encargada de proponer reformas al Código Procesal Civil. Ha sido miembro de las subcomisiones de Marco Legal y Control Interno del Proceso de Modernización y Reforma de la Policía Nacional del Perú. Ha sido jefe de la Oficina de Asuntos Internos del Ministerio del Interior e Investigador Legal del Instituto Libertad y Democracia. Ha sido vocal del Tribunal de Licencias de la Federación Peruana de Fútbol. Ha sido socio y jefe del Área de Litigios Civiles de Benites, Forno & Ugaz, socio fundador de Reggiardo & Grau y socio en Bullard Falla Ezcurra +. Miembro de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Lima y de AmCham Perú. Miembro del Consejo Directivo del Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje. Actualmente es socio y jefe de la práctica de arbitraje en Payet Rey Cauvi Pérez.

Álvaro Cuba Horna

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor adjunto de los cursos Análisis Económico del Derecho, Seminario de Integración en Estrategia Procesal y Litigación Oral y Comunicación Jurídica Eficaz en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor adjunto de Análisis Económico del Derecho en la Universidad del Pacífico (Perú). Asistente legal en la práctica de arbitraje en Payet Rey Cauvi Pérez.

Héctor Campos García

Profesor de Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Posgrado en Contratos y Responsabilidad Civil por la Universidad de Salamanca (España). Integrante de la delegación peruana del Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina (Gadal), de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Asociado de Linares Abogados en el Área de Prevención y Solución de Conflictos (Litigios y Arbitraje).

Renzo Cavani

Profesor ordinario auxiliar de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), donde se desempeña como docente a tiempo completo en el área Sistema de Justicia y Solución de Conflictos. Profesor de la Academia de la Magistratura (AMAG). CEO y cofundador de Evidence Lab. Miembro del Grupo de Investigación PRO-DEJUS-PUCP. Está realizando un doctorado en el Programa de Doctorat en Dret, Economia i Empresa de la Universitat de Girona (UdG). Magíster en Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Abogado por la Universidad de Lima. Miembro de la International Association of Procedural Law (IAPL), del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP), del Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) y de la Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Fue miembro de la Comisión Revisora del Código Procesal Civil peruano (2016-2017) convocada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Es conferencista, consultor jurídico y árbitro.

Rafael Prado Bringas

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Profesor de Derecho Procesal Civil y de Técnicas de Litigación en la Universidad de Lima y Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC.

Francisco Zegarra Valencia

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Título de segunda especialidad en Derecho Procesal y estudios de maestría en Derecho Procesal por la PUCP y la Universidad de Salamanca. Posgrado en Especialización en Procesal Civil, Arbitraje y Medicación por la Universidad de Salamanca. Adjunto de docencia del curso Derecho Procesal Civil II de la Universidad de Lima y Derecho Civil y Procesal Civil en la PUCP. Miembro del Grupo de Investigaciones de Derecho Procesal Críti-

co y Constitución de la PUCP (GIDEPROC). Asociado senior del estudio Rodríguez Angobaldo Abogados. Miembro extraordinario de Ius et Veritas.

Marianella Ventura

Abogada por la Università degli Studi di Pavia (Italia), con el título revalidado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho con especialización en Arbitraje Comercial Internacional por la Stockholm University (ICAL LL.M., Suecia). Secretaria General del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL). Inició su carrera profesional en Milán, donde fue miembro del área de Resolución de Disputas de Cernelutti Studio Legale Associato y Simmons & Simmons LLP, participando luego como abogada visitante en la oficina de Londres de Winston & Strawn LLP. En Lima se ha desempeñado como Secretaria Arbitral del Centro de Arbitraje de la CCL y como asociada del área Corporativa de Osterling Abogados. Adjunta de docencia del curso de Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en la PUCP. Fundadora y presidenta de la asociación civil Arbitration 360°.

Fabio Núñez del Prado

Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (valedictorian; summa cum laude), ha realizado un LL.M. en Yale Law School y ha asistido a la Academia de La Haya sobre el Derecho Internacional. Ha realizado pasantías en la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (París) y en el buffet WilmerHale (Londres), y ha sido asociado en la práctica de arbitraje internacional de Uría Menéndez (Madrid). Ha sido profesor de la PUCP y de la Universidad Carlos III de Madrid, y ha publicado artículos en revistas estadounidenses, europeas y asiáticas. Ha ganado el premio al mejor artículo en la competición del Chartered Institute de Nueva York. Actualmente trabaja en la práctica de arbitraje internacional de Clifford Chance en Washington D.C. Es autor de los libros *Desmitificando mitos* y *La tragedia del consentimiento*, y coautor de *Justicia de papel*.

Kevin Villanueva Sotomayor

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Asociado del área de Litigios y Arbitrajes en Garrigues (Lima). Profesor adjunto del curso de Contratos en la PUCP.

Alonso Núñez del Prado Simons

Abogado, cursó el Magíster en Derecho de la Integración y el de Derecho Constitucional. Es Master of Business Administration (MBA) por el College of Insurance de Nueva York, graduado en Lingüística y Literatura, además de en Filosofía, donde también cursó el Magíster. Es fundador y Director Ejecutivo del «Observatorio de cumplimiento de planes de gobierno» y fue Presidente de la Sección de la Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA) en el Perú (2012-2018), de la que también fue fundador, siendo en la actualidad Presidente de su Comisión Consultiva. Asimismo, es miembro del Consejo de la Presidencia Mundial de la Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA) y del Comité Ibero Latinoamericano de AIDA (CILA), preside el Grupo de Trabajo del CILA «Principios Generales de Derecho de Seguros». A pedido del Congreso de la República del Perú, seleccionó a los miembros y formó parte de la comisión que redactó la Ley de Contrato de Seguro (Ley 29946) vigente. Es autor del libro *Los secretos de los seguros* (PUCP) y coautor de *Derecho de seguros y reaseguros* (Bogotá), *Derecho de seguros y reaseguro en América Latina* (México) y *Transparency in insurance Contract Law* (Suiza). Profesor universitario, árbitro y conferencista internacional. Publica habitualmente en revistas jurídicas nacionales y del extranjero.

Carlos Augusto Acosta Olivo

Magíster *Suma Cum Laude* en Diritto Privato Europeo por la Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria. Magíster en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla – La Mancha. Graduado del Programa Internacional: Seguros y Tecnología por la Universidad Católica de Chile. Especialista en Derecho de Seguros y Reaseguros. Coautor de *Retos y desafíos del contrato de seguro: del necesario aggiornamento a la metamorfosis del contrato* (Editorial Civitas, 2020). Ha pertenecido a la firma de abogados Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados. Actualmente es asociado senior en Torres, Carpio, Portocarrero & Richter – DAC BEACHCROFT LLP en las prácticas de seguros & reaseguros, arbitraje y litigios y controversias. Ha sido adjunto de cátedra en cursos como Acto Jurídico, Obligaciones y Responsabilidad Civil en la UNMSM.

Pedro Richter Valdivia

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho de Seguros y Reaseguros. Coautor de *El contrato de seguro* (2006). Ha sido reconocido como uno de los abogados líderes en Seguros por Chambers & Partners, Leaders League y The Legal 500. Ha sido Gerente Legal en Pacífico Seguros. Actualmente es socio principal en Torres, Carpio, Portocarrero & Richter – DAC BEACHCROFT LLP en las prácticas de seguros & reaseguros, arbitraje y litigios y controversias. Ha sido profesor de la cátedra de Seguros en ESAN y en la Universidad de Lima.

Mariano Peró Mayandía

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Columbia. Profesor adjunto en el curso Temas de Derecho Societario en la Facultad de Derecho de la PUCP. Blogger de Enfoque Derecho. Asociado del área Corporativa en Miranda & Amado. Especialista en Fusiones y Adquisiciones y en Derecho Corporativo.

Gabriella Valenzuela

Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios en curso en el LL.M. de la Universidad de California, Berkeley. Especialista en Derecho Corporativo, Financiero y Concursal, con posgrado en el Programa Avanzado de Dirección de Empresas, PADE en Finanzas Corporativas, de la Universidad ESAN. Miembro honorario del Círculo Financiero Corporativo (CFC). Actualmente, asesora legal de Lumni y Fondo Talento.

Anthony Lizárraga Vera-Portocarrero

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Además, cuenta con un posgrado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha sido docente del curso de Derecho Concursal de pregrado y posgrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM. Es autor del libro *La ineficacia concursal: estudio doctrinario y jurisprudencial en el sistema concursal peruano*. Miembro de INSOL International, International Insolvency Institute y the Younger Academics Network of Insolvency Law (YANIL). Así mismo, ha sido seleccionado como miembro del Next Generation Class IX (2020) por el International Insolvency Institute. Actualmente es socio y director del área de Reestructuración Empresarial y Derecho Concursal del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera abogados.

Dario Bregante Tassara

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho (LL.M.) por la Queen Mary University of London. Fue Becario Chevening y Mansion House Scholar. Fue abogado del Departamento de Regulación de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Actualmente es Gerente en el área de Regulación Financiera y Fintech en EY Law.

Adolfo Morán Cavero

Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Perú. Fundador y Director Ejecutivo de la Asociación Lawgic Tec, así como Editor General del blog The Crypto Legal, especializado en Derecho y Nuevas Tecnologías. Actualmente es consultor legal en el área de Regulación Financiera y Fintech en EY Law.

Juan Carlos Morón Urbina

Es abogado por la Universidad de San Martín de Porres, Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP, y Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de la Coruña, España (2020). Es profesor de cursos de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la PUCP, y la Universidad de Piura. Es miembro fundador de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción, y a nivel internacional del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y del Instituto Internacional de Derecho Administrativo. Ha publicado diversos libros, estudios y artículos en revistas nacionales y extranjeras, entre los que destacan: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (14 ediciones), *La contratación estatal*, *El control jurídico de los reglamentos de la administración pública*, *Control gubernamental y responsabilidad de funcionarios públicos*, entre otros.

Carlos Ramos Núñez

Jurista, escritor e historiador del derecho peruano. Fue director de la Academia de la Magistratura del Perú en el año 2004. Fue elegido magistrado del Tribunal Constitucional del Perú para el período 2014-2019 por el Congreso de la República, en donde, por unanimidad, es designado Director General del Centro de Estudios Constitucionales, órgano académico del Tribunal Constitucional. Abogado por la Universidad Católica de Santa María. Formó parte de la primera promoción de la Maestría en Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú en 1987. Bajo la asesoría de Fernando de Trazegnies preparó la tesis «Toribio Pacheco», jurista peruano del siglo XIX, que publicó el Fondo Editorial de la PUCP en 1993. En 1992 ganó una beca a Italia para estudiar en la Universidad La Sapienza de Roma, y con el patrocinio del profesor Sandro Schipani, participó en proyectos de investigación para la Universidad Tor Vergata de Roma hasta 1995. En Lima obtuvo el grado de Doctor en Derecho en la PUCP, sustentando en 1999 la tesis «Las columnas de la ley: historia social del derecho peruano. Siglos XIX y XX». Profesor principal del Sistema Romano Germánico y Derecho Anglosajón y de Historia del Derecho peruano en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Eduardo Hernando Nieto

Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Máster en Teoría Social y Política por la Universidad de East Anglia (Norwich, Inglaterra), graduado por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú con cursos de posgrado en Teoría Constitucional y Política en la Universidad de Exeter (Inglaterra), en la Universidad de Uppsala (Suecia) y en el Lafayette College (Easton, Pennsylvania, EE.UU.). Coordinador del Doctorado en Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, profesor ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor en el Posgrado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, profesor en las facultades de Derecho de la Universidad de Lima, la Universidad de Piura y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Profesor principal en Argumentación Jurídica en la Academia de la Magistratura. Autor de los libros *Pensando peligrosamente: el pensamiento reaccionario y los dilemas de la democracia deliberativa* (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2000), *Deconstruyendo la legalidad: ensayos de teoría legal y teoría política* (Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2002) y *Carl Schmitt entre el Nomos y el Anomos* (Santiago de Chile: Ignacio Carrera Pinto, 2020).

Fernando del Mastro Puccio

Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde se desempeña como coordinador del Área de Ética y Responsabilidad Profesional y del curso Derecho & Psicología. También en la Facultad de Derecho, dirige la Oficina de Plan de Carrera y Bienestar. Abogado por la PUCP. Máster en Estudios Teóricos en Psicoanálisis por la PUCP y Máster en Derecho por Duke University, como becario Fulbright. Actualmente sigue estudios en el Doctorado en Estudios Psicoanalíticos en la PUCP.

José Enrique Sotomayor Trelles

Abogado y Magíster en Filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ha sido becario del Máster en Democracia Constitucional e Imperio de la Ley por la Universidad de Génova, Italia. Cuenta con estudios de especialización en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España) y la PUCP, así como con un Diploma de Especialización en Estadística Aplicada por la PUCP. Actualmente cursa estudios de Doctorado en Filosofía por la PUCP. Profesor en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Posgrado de la PUCP, donde tiene cursos a su cargo en las maestrías en Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho de la Empresa. Asimismo, ha sido docente en la Academia de la Magistratura y actualmente es profesor y jefe del Instituto de Investigación de Derecho de la Universidad Ricardo Palma. Consultor de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Hans Enrique Cuadros Sánchez

Es Magíster en Antropología y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente en la Universidad Científica del Sur y en la Escuela de Posgrado de la Universidad Privada de Tacna. Coautor, junto con Carlos Ramos Núñez, del libro *Crónicas de claustro: cien años de la Facultad de Derecho PUCP*. Además, es autor de artículos jurídicos interdisciplinarios e investigador en materia de derechos culturales, historia del derecho y antropología jurídica.

TOMO II

Carlos Pizarro Wilson

Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Privado General de la Universidad de París II (Pantheon Assas) y Doctor en Derecho por esa misma universidad. Actualmente es profesor de Derecho Civil de la Universidad Diego Portales y profesor asociado de Derecho Civil de la Universidad de Chile. Además, es Secretario Ejecutivo de la Fundación Fernando Fueyo de la Facultad de Derecho de la U. Diego Portales. También fue abogado integrante de la Corte Suprema por el período 2015-2018. Desde 2010 es Director de Posgrados y Educación Continua de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Enrique Alcalde Rodríguez

Es abogado por la Pontificia Universidad Católica de Chile (1988), y obtuvo un Magíster en Ciencia Jurídica y Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho. Director del Centro de Gobierno Corporativo UC y profesor titular de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Asimismo, es socio del estudio jurídico Marinovic & Alcalde Abogados. Antes de ingresar a Marinovic & Alcalde en el año 2019, se desempeñó como socio a cargo del Área de Resolución de Conflictos de Philippi Prietocarriozosa Ferrero DU & Uría (PPU) (2008-2019). Durante los años 2006 a 2008 trabajó como abogado asociado en Rodríguez, Vergara y Cía. Previamente, durante los años 2001 y 2006, fue Fiscal de la Sociedad Punta de Lobos S.A. Idéntico cargo ejerció durante los años 1999 a 2005 en el Grupo Prospecta. Entre los años 1996 y 1998 fue Fiscal de Enersis S.A. (hoy Enel). Con anterioridad, entre los años 1993 y 1995, fue designado como asesor jurídico del Banco Central de Chile. Asimismo, fue abogado jefe de Chilectra entre los años 1992 y 1995. Al inicio de su carrera, ejerció como abogado en la Fiscalía del Banco Central de Chile entre los años 1985 y 1991.

Hugo Cahueñas

Profesor titular de Derecho y Relaciones Internacionales en la Universidad San Francisco de Quito. Profesor asociado del Posgrado de Gestión para la Reducción de Riesgos de Desastres en la Universidad Andina Simón Bolívar. Candidato a Ph.D en Derecho en el World Trade Institute de la Universidad de Berna, Suiza. Maestro en Relaciones Internacionales con mención en Seguridad y Derechos Humanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Posee un título de Máster en Derecho Internacional y Comparado por George Washington (GW) University, Estados Unidos, posgrado que realizó mediante una beca Fulbright y una beca Thomas Buergethal. Trabajó en la Clínica de Derechos Humanos de GW. Realizó una Especialización Superior en Gestión Ambiental Internacional en la Universidad Central del Ecuador. Abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Hugo es miembro de la American Society of International Law y de la Federación Interamericana de Abogados. Ha sido profesor de Maestría e investigador en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. En el sector humanitario, se desempeñó como asesor jurídico para Sudamérica del Programa de Derechos Relativo a los Desastres de la Federación Internacional de la Cruz Roja, y coordinador nacional del Programa de Principios y Valores Humanitarios en la Cruz Roja Ecuatoriana. En el sector público, trabajó en la Presidencia de la República del Ecuador como administrador del sistema de gestión para los Convenios Internacionales.

Flávio Tartuce

Pós-Doutorando e Doutor em Direito Civil pela USP. Mestre em Direito Civil Comparado pela PUCSP. Professor Titular permanente e coordenador do mestrado da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor e coordenador dos cursos de pós-graduação *lato sensu* em Direito Privado da EPD. Professor do G7 Jurídico. Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família em São Paulo (IBDFAM/SP). Advogado em São Paulo, parecerista e consultor jurídico.

Hugh Beale

Has been a Professor of Law at Warwick since 1987. Before that he taught at the University of Bristol, University College of Wales, Aberystwyth, and the University of Connecticut. He has been a visiting professor at the Universities of Amsterdam, North Carolina, Paris I and Utrecht. He currently holds a Visiting Professorship at the University of Oxford (2007-) and is a Senior Research Fellow at Harris Manchester College. From 2000 to 2007 was on leave from the University while he was a Law Commissioner for England and Wales, with responsibility for the Commercial and Common Law Team. During this time the Team worked on projects such as Limita-

tion; Unfair Contract Terms; Illegality in Contracts and Trusts; Registration of Security Interests over Property other than Land; and Insurance Contract Law. Was appointed Honorary QC in 2002. He was elected as an Honorary Member of the Hungarian Academy of Sciences in 2001 and a Fellow of the British Academy in 2004. Is a Visiting Research Fellow at the Institute of European and Comparative Law, Oxford Law School.

Christian Twigg-Flesner

He studied for his LLB and PhD at the University of Sheffield. He is now Professor of International Commercial Law at the University of Warwick (since September 2017). Before joining Warwick, he was Professor of Commercial Law at the University of Hull (2010–2017), having previously been a Lecturer, Senior Lecturer and Reader there. Before joining Hull in 2004, he had been a Lecturer at Nottingham Trent University (1999–2002) and Sheffield (2002–2004). He is now a Fellow of the European Law Institute, an Associate Academic Fellow of the Honourable Society of the Inner Temple, and one of the law editors for the *Journal of Consumer Policy*. He has also been a Senior International Fellow at the University of Bayreuth (2016–2018), and a Visiting Professor at the Universities of Münster, Bielefeld, Osnabrück (Fsv-Eurolecturer) and City University Hong Kong. His research interests are in the areas of international, European, and English commercial, consumer and contract law. A particular focus of his current research is on the implications of the digital economy on these areas of law. He has published widely on EU consumer and contract law, including two monographs, two edited collections, and co-authored the *EC Consumer Law Compendium*.

Hector L. MacQueen

Has been a member of the Edinburgh Law School staff since 1979, having also taken his LL.B and Ph.D at Edinburgh. Appointed to the Chair of Private Law in 1994, he was Dean of the Law School 1999-2003, and Dean of Research and Deputy Head of the College of Humanities and Social Science in the University 2004-2008. He was on leave of absence January 2010-September 2017, having taken up full-time an initially part-time appointment as a Scottish Law Commissioner on 29 September 2009. Between October 2017 and March 2018 he split his time between completing his Commission projects and teaching in the Law School. He is now back full-time at the latter. Professor MacQueen has been a Fellow of the Royal Society of Edinburgh since 1995 and was elected a Fellow of the British Academy in 2006. He currently chairs the Law section of the Academy, and is also a cross-member in Medieval Studies. Professor MacQueen was President of the Society of Legal Scholars 2012-2013 and Vice-President (Humanities) of the RSE 2008-2011. He has held visiting appointments at Cornell University in the USA, the University of Utrecht in the Netherlands, Stetson University College of Law ('Florida's first law school'), and the University

of Lucerne (Switzerland). Professor MacQueen wrote the 1989 centenary history of Heriots Cricket Club, a work enthusiastically reviewed by no less than Alexander McCall Smith in chapter 6 of his novel, *Love Over Scotland* (2006).

Kenneth A. Adams

According to the Canadian periodical *The Lawyers Weekly*, «In the world of contract drafting, Ken Adams is the guru.» He occupies a unique position in the field of contract drafting, in that he's the only commentator to focus on the language of contracts — not what you express in a given contract provision, but how to express it in modern and effective contract language. His book «*A Manual of Style for Contract Drafting*» (ABA 4th ed. 2017) is widely used throughout the legal profession and has sold tens of thousands of copies. In this review, the *English Law Society Gazette* said that *MSCD* is «extraordinary.» Ken has given hundreds of public and in-house «Drafting Clearer Contracts» seminars in the U.S., Canada, and internationally. As part of its «Legal Rebels» project, in 2009 the *ABA Journal*, the flagship magazine of the American Bar Association, named Ken one of fifty leading innovators in the legal profession. And in a 2011 opinion, the Delaware Court of Chancery, the foremost business-law court in the U.S., described «*A Manual of Style for Contract Drafting*» as «thought-provoking» and noted that «One can even share and in fact applaud Adams' encouragement of clearer forms of contract drafting.» The Legal Writing Institute awarded Ken the Golden Pen Award for 2014, «to recognize his exemplary work in contract drafting.» And in 2015 the *ABA Journal* named Ken's blog to the Hall of Fame of its «Blawg 100» — its list of the hundred best law blogs. Ken has taught contract drafting as an adjunct professor at Hofstra University School of Law, the University of Pennsylvania Law School, and Notre Dame Law School. After graduating from the University of Pennsylvania Law School in 1989, Ken practiced corporate law in New York and Geneva, Switzerland, with major U.S. law firms. Ken is head of contracts at Pulse Business, LLC, a company backed by LegalZoom that is creating solutions for small businesses. He's also an advisor to LegalSifter, an artificial-intelligence company that is creating software to help with review of the other side's draft contracts.

Hans-Bernd Schäfer

Is a German economist and a pioneer in the field of law and economics in Germany and Europe. Schäfer is professor emeritus at the University of Hamburg and former director of the Institute of Law & Economics. Currently he is an affiliate professor at Bucerius Law School in Hamburg, Germany. He has been visiting professor at various universities abroad, including the University of Toronto Faculty of Law, Tel Aviv University faculty of law, George Mason University School of Law (distinguished visiting professor from 2002-2009), and the Indira Gandhi Institute of Development Research. He was a visiting scholar at the University of California, Berkeley, School of Law. Schäfer served as President of the European Association of Law &

Economics from 2004-2007 and was Director of the European Master Programme in Law & Economics from 2004-2008. In 2012 the faculty of law of the Universidad de San Martín de Porres in Lima awarded him the title of an honorary professor, whilst in 2013 he was awarded the scholar prize of the European Association of Law and Economics. The Latin American and Iberian Law and Economics Association awarded him the scholar prize in 2016. He was appointed to an honorary membership of the Polish Law and Economics Association in 2013 and of the German Law and Economics Association in the year 2016.

Alessandro Somma

È professore ordinario di diritto comparato nell'Università di Roma La Sapienza. E' membro dell'Académie Internationale de Droit Comparé e del Consiglio direttivo dell'Associazione italiana di diritto comparato. Tra le sue pubblicazioni in lingua spagnola: *Introducción crítica al derecho europeo de los contratos* (Madrid 2008) e *Introducción al derecho comparado* (Madrid 2015).

Viola Heutger

Works as ass. professor at the Open University of the Netherlands at the Department of Civil Law. As visiting professor she was affiliated in 2020 with the Pazmany Peter University in Budapest and the University of Palermo. Her main expertise is European Sales Law and Consumer Law. She published two books on Sales Law and advised civil law codification commissions in Poland, Kosovo, Suriname and Curacao.

Denis Philippe

Is one of the founding partners of Philippe & Partners. He has extensive experience in arbitration, banking and financial law, energy law, European law (including competition law), insurance, torts and liabilities. He benefits from more than 30 years of professional experience in civil and commercial law and, more specifically, in drafting, reviewing and negotiating national and international contracts, as well as in transactions that include financing aspects. From 1985 to 1998 Denis Philippe was partner at «Balon Buyle Maingain & Philippe» and from 1998 to 2000 he was partner at «Simonet, Kelder, Philippe, Domont, Lories & Mertens». He is professor in banking and contract law at the University of Louvain and Paris and he is the author of various academic books, including a thesis on the change of circumstances in contract law —*Changement de Circonstances et Bouleversement de l'Économie Contractuelle* (1986)— and articles relating to privatisations. He's editor of the book *La redaction des contrats internationaux* (2012). Denis Philippe has been appointed arbitrator by CEPANI and CCI and since 1960 he has been selected numerous times by the European Union to perform the function of expert for the implementation of

European directives and for the approximation of legislations in Eastern European countries. Denis contributed to the creation of the IAG: an international network of lawyers and tax advisors. He is therefore a strong supporter of Philippe & Partners' active role in various international networks such as IAG, IBLC, Interleges and OASIS. He is one of the European Law Institute's founding members.

Guido Alpa

Professore emerito di Diritto civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza». Dal 2004 è direttore del Master di Diritto privato europeo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza». E' stato visiting professor presso la School of Law, University of Oregon (1977, 1979, 1985); la University of California (Berkeley), Fall 1979; la University of London (Inst. Adv. Leg. Stud.), Summer 1982; la Faculté internationale de droit comparé a Mannheim (1984), Trento (1985), Coimbra (1986); l'Università di Barcellona (1989) e l'Università di Granada (1990). Nel 1996 gli è stata conferita la laurea honoris causa in Giurisprudenza dell'Università Complutense di Madrid, nel 2007 in Giurisprudenza dell'Universidad Nacional Mayor de San Marcos di Lima, nel 2008 in Giurisprudenza dell'Universidad de Buenos Aires. E' membro della British Academy dal 2004, socio dell'Accademia Virgiliana dal 2001, membro Onorario del «Gray's Inn» (1998), membro del «European Consumer Law Group» (1999), socio onorario dell'Accademia Ligure di Scienze e Lettere dal 2008, membro dell' Inter-American Bar Association (2010), membro dell'International Bar Association dal 2013, socio onorario dell' Academia Peruana de Derecho (2016).

Claudio Scognamiglio

Nato a Napoli il 1 febbraio 1962, si è laureato in giurisprudenza, con lode, il 15 marzo 1985 presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma «La Sapienza». È attualmente Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma – Tor Vergata. Negli anni accademici 1988/89 e 1989/90, è stato professore a contratto di Diritto civile presso la Facoltà di Scienze Economico - sociali, previdenziali e assicurative dell'Università degli Studi di Lecce. È stato quindi ricercatore presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Roma – Tor Vergata, dal settembre 1990 fino al 31 ottobre 1993. Nel settembre 1990 ha conseguito il titolo di «dottore di ricerca». Dal 1° novembre 1993, è stato professore associato di Istituzioni di diritto privato presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Sassari. Dal 1° novembre 1996, vinto il concorso a cattedra di prima fascia, è stato chiamato, in qualità di professore straordinario di Diritto civile, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Siena, dove è stato titolare della materia fino al 31 ottobre 1999 e quindi —a seguito della chiamata presso l'Università di Roma Tor Vergata— supplente della stessa per l'anno accademico 1999/2000. È stato capo

– redattore della rivista «Il diritto dell'informazione e dell'informatica» ed è attualmente membro del Comitato di redazione della rivista *Europa e diritto privato*. Ha preso parte al Progetto Strategico del C.N.R. su «I modi di formazione delle leggi». Avvocato dal 1987 e cassazionista dal 1998, esercita l'attività forense in Roma, in particolare nell'ambito del diritto civile e del diritto del lavoro.

Pietro Sirena

Is Full Professor at Bocconi University, where he holds chairs in Civil Law, European Private Law and Comparative Private Law. He has been Dean of Bocconi University's School of Law since 2018. Sirena is a Fellow of the European Law Institute. He is a member of the Société de législation comparée (Paris), associate member of the Académie internationale de droit comparé (Paris), former General Secretary of the Associazione civilisti italiani (2010-2016), Director of the Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato-SIRD (since 2014), member of the Executive Board of the Society of European Contract Law (SECOLA) (since 2011), co-editor of the European Contract Law and Theory series (Intersentia) and *Cultura giuridica e rapporti giuridici* (Edizioni Scientifiche Italiane). Sirena is co-editor of the *Osservatorio del diritto civile e commerciale* (Il Mulino) and *Nuova giurisprudenza civile commentata* (CEDAM) journals. He is also a member of the consulting boards of the following legal journals: *European Review of Contract Law* (de Gruyter) and *Rivista di diritto civile* (CEDAM). Sirena is a member of the Società Italiana degli Studiosi di Diritto Civile (SISDIC) (Benevento), the Associazione per gli scambi culturali tra giuristi italiani e tedeschi (Roma)/Vereinigung für den Gedankenaustausch zwischen Deutschen und Italienischen Juristen, eV (Bochum), and the Verein der Freunde des Instituts für Auslandsrecht in Heidelberg, eV (Heidelberg).

Fabrizio Piraino

Dottore di ricerca in Diritto civile italiano ed europeo, XVIII ciclo, presso l'Università Roma Tre. È professore ordinario di Diritto privato nel Dipartimento di Scienze Economiche, Aziendali e Statistiche dell'Università degli Studi di Palermo, dove insegna Diritto privato e Diritto privato dell'Economia. È Componente del Collegio dei docenti del Dottorato di ricerca in «Discipline giuridiche», presso l'Università degli Studi Roma Tre. I suoi ambiti di ricerca scientifica riguardano: le obbligazioni; il contratto; la responsabilità civile; la tutela e il sistema dei rimedi; il diritto privato europeo; i diritti della persona; la vendita; le fonti del diritto e la responsabilità dello Stato; le assicurazioni, i contratti bancari e di intermediazione finanziaria; la teoria dei beni e la proprietà; la protezione dei dati personali; il metodo giuridico. Ha pubblicato cinque monografie: *La tutela in natura e la tutela risarcitoria del credito*, Edizioni associate, 2006; *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, 2011; *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015; *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017; *El cumplimiento de la*

obligación, Universidad Externado de Colombia, 2020. È avvocato, iscritto nell'Albo Speciale degli Avvocati Cassazionisti.

Francesca Benatti

Lawyer, Università degli studi di Milano. PhD in Comparative Law, Università degli studi di Milano. Associate Professor of Comparative Law, Università degli studi di Padova. Member of the PhD board of professors in International Law, Civil Law and labour law of Università degli studi di Padova. Authors of 3 books and more than 80 papers on tort law, contract law, comparative law, property law and arbitration.

Albert Ruda

Profesor agregado de Derecho Civil en la Universidad de Girona (España), universidad en la que se licenció y obtuvo el doctorado europeo (con Premio Extraordinario). Miembro del Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado. «Fellow» del European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL), con sede en Viena (Austria), y del Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (Universidad de Utrecht, Países Bajos). Miembro electo del Consejo de Gobierno del European Law Institute (ELI), del que es también miembro del Membership Committee. Cofundador del Centro Español (Spanish Hub) del European Law Institute. En el seno del ELI, es coordinador del Grupo de Especial Interés (Special Interest Group, SIG) de Derecho Civil (Civil law) y co-coordinador del grupo sobre «Contract, Property and Tort». Miembro de la International Union for Conservation of Nature (IUCN) World Commission on Environmental Law (WCEL). Miembro del Centre de droit économique et du développement (CDED), Université de Perpignan Via Domitia (UPVD). Miembro de la Comisión de Codificación de Cataluña. Miembro, entre otras asociaciones, de la Society of Contract Law (SECOLA) y la Sección Española de la Asociación Henri Capitant. Además es miembro de la European Network on Law and Society (Réseau Européen Droit & Société), de Trans Europe Experts (TEE) y del European Environmental Law Forum. Miembro del Comité de Ética y Bioseguridad de la UdG. Premio Sancho Rebullida de la Universidad de Navarra a la mejor tesis de Derecho Civil de España (2007). Premio Protección Civil de España a la mejor tesis sobre protección civil y emergencias (2007). Ha realizado estancias de investigación en las universidades de Cambridge y Tilburg, el Instituto Suizo de Derecho Comparado (Lausana), del que fue becario «van Calker», y el ECTIL. Además es Árbitro de Consumo de la Agencia de Consumo de Cataluña.

Fernando Gómez Pomar

Es *counsel* de las oficinas de Madrid y Barcelona de Uría Menéndez. Con anterioridad a su incorporación a Uría Menéndez en 2014 ha ejercido como experto en Derecho español ante tribunales en distintas jurisdicciones del ámbito de los negocios, como la Delaware Chancery Court, la US Federal Court y la High Court of England and Wales (Queen's Bench Division), así como ante órganos arbitrales como la Cámara de Comercio Internacional (donde también ha sido árbitro), la Vienna International Arbitral Centre y la Asociación Americana de Arbitraje (AAA). Tiene amplia experiencia como consultor en procedimientos y operaciones complejas mercantiles y civiles. En 2010 fue designado por la Comisión Europea miembro del Comité de Expertos que redactó el Derecho Común Europeo de la Compraventa. Desde 2001, es catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona. Ha impartido clases en la New York University School of Law, la Universidad Complutense de Madrid, la University of Wales, la Universidad de Hamburgo, la George Mason University School of Law y la Radzyner School of Law (IDC-Herzliya) de Israel.

Ángel Carrasco Perera

Licenciado en Derecho (1982) y Doctor en Derecho (1985) por la Universidad Autónoma de Madrid. Obtuvo una beca de posdoctorado en el Instituto Max Planck de Hamburgo en 1990. Ha sido profesor titular de Derecho Civil en la Universidad Autónoma Madrid (1987), profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Castilla – La Mancha (1989) y Vicerrector de Relaciones Institucionales de la Universidad de Castilla – La Mancha (1991-1997). Es catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla – La Mancha, director del Centro de Estudios de Consumo de la misma universidad y letrado *of counsel*. Forma parte del Consejo Académico de Gómez-Acebo & Pombo desde 1998.

Carmen Jerez

Miembro del equipo de investigación dirigido por el profesor Antonio-Manuel Morales Moreno (desde 1992 hasta 2017). Profesora titular de Derecho Civil (UAM, desde 2006). Secretaria del Seminario de Derecho Registral de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (desde 2008 hasta 2014, y miembro desde 2001). Miembro del *board* de la European Law Institute Association (2009-2011). Miembro del Consejo del European Law Institute (desde su fundación, en 2011, hasta 2017). Miembro del European Law Institute. Coordinadora del Centro Español del European Law Institute (Spanish Hub) desde 2015. Coordinadora de la traducción al castellano del *Draft Common Frame of Reference* (desde 2010), proyecto de la Comisión Europea dirigido por el profesor Hans Shulte-Nölke (Osnabrück). Visiting Professor en George Washington University (IX, 2008); Visiting Professor en Geor-

getown University (X-XII, 2008); Visiting Professor en The University of Warwick (VI-X, 2011); Academic Visitor en el Institute of European and Comparative Law, de la Universidad de Oxford (VII-X, 2011). Investigadora visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (VII-IX, 2016). Profesora visitante en la Universidad de los Andes (Santiago de Chile) (VIII-IX, 2017). Previas estancias de investigación en Goethe Universität (Frankfurt am Main, IX-XII, 1992); en el Institut Suisse de Droit Comparé (Lausana, ½ IX 1994), en el Instituto Jurídico Antonio Cicu (Bolonia, ½ X, 1994) y en el Institut für Römisches Recht (Colonia, VII-VIII, 1998). Perfil investigador: Derecho Civil Patrimonial (Obligaciones y Contratos; Derecho Inmobiliario); Derecho Comparado.

María Kubica

Licenciada en Derecho por la Universidad Jagüellonica de Cracovia, Polonia; doctora en Derecho Civil por la Universidad de Girona (doctorado con mención internacional) y abogada asociada en el Colegio de Abogados de Lucena (Jaén). Desde el año 2016 ejerce como profesora de Derecho Civil en la Universidad Loyola Andalucía. Previamente fue profesora de Derecho Civil en las universidades de Girona y Pablo de Olavide de Sevilla, así como becaria FPI del Ministerio de Educación y Ciencia de España. Ha realizado varias estancias de investigación en el extranjero, entre ellas en Wake Forest University de Winston Salem, Carolina del Norte (Estados Unidos), en la Universidad de Torun (Polonia), en la Universidad de Hamburgo (Alemania), en Max Planck Institute for Comparative and International Private Law de Hamburgo (Alemania), Universidad de Edimburgo (Reino Unido) y en la Universidad de Münster (Alemania). Autora de varios libros y artículos doctrinales, ganadora del accésit del Centro de Estudios Financieros en el módulo Derecho Civil y Mercantil por el artículo «La conversión de las Cajas de Ahorros europeas en sociedades anónimas. Un “trasplante legal” desde el Derecho Comparado» y del Premio de Fomento del Derecho Procesal instituido por el Instituto Vasco de Derecho Procesal en la VI edición del año 2016 por el artículo «La inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad civil. Una corta historia de la carga de la prueba». También es miembro del European Law Institute y del World Academy of Science, Engineering and Technology.

Irene Kull

Irene Kull is a professor of civil law and holds the position of the head of the chair of commercial and intellectual property law, University of Tartu (Estonia). She participated in the Study Group of a European Civil Code as an advisor on the Working Teams and from 2010 she has been a member of the Expert Group on a Common Frame of Reference in the area of European contract law. She lectures on contract law, law of obligations and European contract and commercial law. She is a member of the group of authors of comments on Estonian Civil Code Acts (Law

of Obligations Act, General Part of Civil Code Act). Her main interests include the general principles of contract and tort law, harmonisation of European private law and comparative contract law. She is an advisor on the civil chamber of the Estonian Supreme Court and member of the Supervisory Board of the Bank of Estonia.

Georg Kuusik

Associate at Sorainen. As a member of the firm's Finance & Insurance team, I assist attorneys with assignments related to payment services, capital markets, investment funds and cryptocurrency. Much of my work consists of analysing ICO (initial coin offering) related schemes and assisting clients to ensure their compliance with the regulatory framework. Working previously for our Competition & Regulatory practice, I assisted lawyers with drafting contracts in the fields of competition law, IT law, intellectual property and data protection. I largely focused on assisting with document drafting and internal procedures to help multiple clients comply with the new GDPR regulation. I am also interested in International (Commercial) Arbitration and am a member of our International Arbitration practice. In 2018, I represented the University of Tartu in the prestigious Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court competition. Afterwards I remained involved in the moot by coaching the next year's participants from the university. University of Tartu, Estonia (MA in law, cum laude). University of Vienna, Austria (exchange student). University of Tartu, Estonia (BA in law, cum laude).

Eugenia Dacornia

Was born of Greek nationality in Cairo (Egypt) in 1958. She graduated with excellence in 1979 from the Athens Faculty of Law, where she also received her doctorate with excellence in 1994. She has attended several courses abroad (Amsterdam, King's College London, Tulane University). Since her admittance to the Athens Bar in 1981, she has been practising mostly in civil (contracts and real property), intellectual property, commercial and administrative matters. She is also a European Patent Attorney. In July 2010, Eugenia Dacornia was elected an Associate Professor of Civil Law at the Athens University Department of Law, where she had also been teaching, being elected an Assistant Professor in 2005, a lecturer in 1995 and a scientific collaborator in 1980. She teaches, among other subjects, General Principles of Civil Law, Real Property Law, Law of the Environment, and Torts in the Legal System of the USA. She is the author of two books «Sublease of Movables» (in Greek) and «The Issue of Construction of Wills under Greek law» (in Greek) and she has published various articles and notes on Court decisions in Greek legal periodicals and in the European Review of Private Law (in English and French). Eugenia Dacornia has taken part in international congresses as a national representative, and has participated in the Trento Common Core project as well as in the Study Group on a European Civil Code as a member of the Advisory Council on: a) Torts and b) Lease

of movables. Since 2007 she participates in the Torino Common Core project. Since December 2006, Eugenia Dacoronia has also been a member of the Central Codification Committee of the Greek Parliament. Since 2011 member of the European Group on Tort Law and fellow of the European Law Institute.

ISBN: 978-612-4440-14-4



9 786124 440144