

**Juzgado de Primera Instancia N°. 31 de Barcelona, Auto 348/2020
de 21 Sep. 2020, Rec. 549/2020**

Ponente: Campos Martín, Elena

Ponente: Campos Martín, Elena.

LA LEY 128257/2020

ECLI: ES:JPI:2020:22A

ARRENDAMIENTOS URBANOS. De local de negocio. MEDIDAS CAUTELARES. Denegación del desahucio por impago de rentas mientras dure el procedimiento y suspensión parcial de la obligación de pago de la renta hasta febrero de 2021. Desestimación, no concurre en la medida interesada el requisito de proporcionalidad y necesidad. Fumus boni iuris al resultar aplicable la cláusula rebus sic stantibus respecto del periodo en el que se produjo el completo cierre del local, pero no se ha acreditado el periculum in mora. En cuanto al aseguramiento de una eventual sentencia estimatoria, la demandante no prueba el riesgo de insolvencia de la demandada. Y en cuanto a evitar el cierre de la actividad comercial y los despidos de los trabajadores, ello exigiría que la demandante acreditase las dificultades económicas por las que atraviesa y el riesgo de insolvencia, lo que no ha hecho.

El Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona desestima la solicitud de adopción de medidas cautelares formulada por la arrendataria de un local de negocio.

**A Favor: ARRENDADOR.
En Contra: ARRENDATARIO.**

Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edific C, planta 9 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549431

FAX: 935549531

EMAIL:instancia31.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120208143159

Procedimiento ordinario (Arrendamientos art. 249.1.6) 549/2020 - P.S. Medidas cautelares coetáneas 133/2020 -E

-
Materia: Juicio ordinario arrendamientos urbanos y rústicos

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0619000010013320

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona

Concepto: 0619000010013320

Parte demandante/ejecutante: CALZADOS LAMOLLA S.A.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado/a: Alejandro Fuentes Lojo Lastres

Parte demandada/ejecutada: CB DIRECCION000

Procurador/a: Sergio Carando Vicente

Abogado/a:

AUTO Nº 348/2020

Magistrado que lo dicta: Elena Campos Martin

Barcelona, 21 de septiembre de 2020

HECHOS

PRIMERO.- La representación procesal de CALZADOS LAMOLLA SA interpuso demanda de juicio ordinario contra DIRECCION000 CB en la que solicita medidas cautelares y que fue repartida a este Juzgado y, seguido el procedimiento por sus trámites, fue admitida la demanda mediante decreto que dio lugar al procedimiento ordinario 549/20-E y se abrió, con el número que consta en el encabezamiento, pieza separada de medidas cautelares, citando a la celebración de vista que se señaló, mediante diligencia de ordenación.

SEGUNDO.- En la fecha 18/9/20 se celebró la vista de medidas cautelares en la que, no alcanzándose un acuerdo, se ratificó la parte actora quien alegó hechos nuevos y se oyó a la parte demandada, quien se opuso y solicitó la desestimación. A continuación, una vez fijados los términos de la controversia, se propuso y admitió prueba y, una vez practicada, se declararon los autos vistos para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- PLANTEAMIENTO: I/ 1 . La representación procesal de CALZADOS LAMOLLA SA solicita la adopción de medidas cautelares contra DIRECCION000 CB consistentes en que se acuerde:

- 1º) Declarar, *conforme a lo dispuesto en el art. 727.7º y 11º de la LEC*, que DIRECCION000, CB., no podrá interponer demanda de desahucio por impago de rentas u otras cantidades debidas mientras dure el presente procedimiento y la actora satisfaga las cantidades que por renta y demás conceptos a su cargo se determinan por esta parte en el ordinal segundo del suplico de esta demanda, para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare, y evitar así las consecuencias jurídicas irreversibles y perjudiciales para CALZADOS LAMOLLA, S.A., de tener que desalojar el Local arrendado por la eventual estimación de una demanda de desahucio por impago de rentas u otras cantidades debidas

-2º) Declarar, *conforme a lo dispuesto en el art. 727.11º de la LEC*, la suspensión de la obligación de pago del 70% del importe de la renta y demás cantidades exigible a CALZADOS LAMOLLA SA en el mes de marzo de 2020 respecto de la mensualidades de abril y mayo 2020; del 50% respecto de las mensualidad del mes de junio de 2020; del 30% para los meses de julio, agosto y septiembre de 2020 y del 20% para las mensualidades siguientes hasta el mes de febrero de 2021 inclusive, mientras esté pendiente de resolución el presente procedimiento para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare, y evitar así consecuencias jurídicas irreversibles y muy perjudiciales para CALZADOS LAMOLLA, S.A., y poder evitar el cierre de la actividad comercial que se ejerce en la tienda de autos, los despidos de los trabajadores y el concurso de acreedores por la imposibilidad de atender sus obligaciones de pago.

2. En sustento de su solicitud, la parte demandante alega -dicho de forma sintética- que ostenta la condición de arrendataria de local sito en Barcelona, en la CALLE000 nº NUM000, y en concreto de las tiendas nº NUM001 y nº NUM002, esquina con la CALLE001 nº NUM003 (en adelante, "el Local") destinado a calzados y complementos de piel, en virtud de contrato de arrendamiento de fecha 15 de enero de 2015 (en adelante, "el Contrato") suscrito con " DIRECCION000 C.B", como parte arrendadora. La renta vigente asciende a 17.359,32 € más IVA.

3. Con motivo de la pandemia de COVID-19, el Gobierno de España decretó el Estado de Alarma el 14 de marzo de 2020 mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuyo art. 10 del RD conllevó la suspensión de la apertura al público de locales de negocio donde, entre otras, se desarrollase actividad comercial del sector de calzado hasta el pasado 9 de mayo (Orden SND/399/2020 para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del Estado de Alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad).

4 Pese a que se ha levantado la suspensión legal de actividad, son numerosas las medidas impuestas por el Gobierno en orden a evitar posibles contagios, que se han traducido en una grave merma en la utilidad económica del Local arrendado. La parte recoge y describe muchas de las medidas impuestas que han afectado muy negativamente al consumo y a la afluencia de compradores en el Local, situado en Las Ramblas, en una zona turística, incidiendo en que el porcentaje de afluencia de potenciales consumidores en el Local ha descendido en julio de este año en un 50,17% respecto de periodo de tiempo equivalente del año 2.019. Incide en que las severas restricciones de movimiento y de distanciamiento social, así como la obligación de adoptar nuevas medidas organizativas de seguridad que resultan necesarias para evitar aglomeraciones y garantizar que potenciales clientes y trabajadores mantengan una distancia de seguridad mínima de 2 metros, así como limitaciones de aforo que conllevan que el Local arrendado no se pueda explotar en los términos pactados inicialmente, esto es, obteniendo la misma utilidad económica que en el momento en que se firmó el Contrato.

5. A lo expuesto añade el riesgo de importantes rebrotos del virus en la ciudad de Barcelona que augura un escenario negativo para las ventas del Local, con un previsible retroceso al período de tiempo inicial del Estado de Alarma, con severas restricciones y no pudiendo descartarse nuevas medidas de confinamiento total de la población.

6. En el escenario descrito, conforme al informe pericial que acompaña, afirma que las ventas del Local durante los meses de marzo a junio de 2.020 se han desplomado en un 79% respecto de las del mismo período del ejercicio de 2.018 y en un 81% respecto de 2.019. En el Informe pericial también se ha analizado la cuenta de explotación del Local arrendado desde el inicio del Estado de Alarma, y durante el tiempo en que el Local permaneció cerrado (14 de marzo -22 de mayo de 2.020) comparándola con idéntico período de tiempo del ejercicio anterior para concluir que es exorbitante la reducción de la cifra de facturación durante el ejercicio de 2.020 desde que se declara el Estado de Alarma. Además el informe hace una proyección de la reducción mensual que recoge la demanda.

7. La parte demandante considera que se ha producido un incumpliendo del arrendador, al no mantener en el goce pacífico y útil al arrendatario en la explotación del local arrendado, y frustrándose la causa del contrato de arrendamiento suscrito por las partes. De ese incumplimiento que imputa al arrendador, resulta según dice que el demandante se ha visto obligado a suspender, a su vez, la entrega de su contraprestación.

8. En fecha 17 de marzo de .020 requirió al demandado que se aviniera a la suspensión de la obligación de pago de la renta y demás cantidades exigibles en tanto que el Local permaneciera cerrado por imperativo legal y los ingresos fueron literalmente "cero" y ofreció abonar y ha pagado el

30% de la renta y las demás cantidades exigibles. La propuesta fue rechazada por la Propiedad quien ofreció, inicialmente, una quita del 20% de la renta y demás cantidades exigibles a la Arrendataria durante el mes de abril mientras el Local permaneciera cerrado por imperativo legal (que tras varias comunicaciones estaba dispuesta a extender hasta agosto de 2.020). La parte afirma que ello es insuficiente para restablecer la equivalencia de las prestaciones y describe las negociaciones y comunicaciones que se ha producido entre las partes..

9. El Resultado de Explotación de la actividad desarrollada en el Local ha pasado de obtener beneficios por importe de 92.181,03 euros en el ejercicio de 2.019 a pérdidas por importe 70.232,26 euros en el ejercicio de 2.020. Por tanto, la disminución del Resultado de Explotación es de 162.413,29 euros, lo que representa una reducción del 176%.

10. El desplome de los ingresos conlleva la pérdida de liquidez y que no pueda atender sus compromisos de pago, no sólo con la demandada sino también con los distintos proveedores, hecho que sitúa a mi mandante en una complicada situación de impago con sus acreedores que puede avocarla a un concurso de acreedores y la destrucción de empleo consistente en la pérdida de 7 puestos de trabajo en la tienda.

11. Como consecuencia de lo expuesto, concluye que concurre apariencia de buen derecho porque CALZADOS LAMOLLA S.A.., tiene derecho a exigir una modificación de la economía del Contrato de arrendamiento sobre el Local por razón de la alteración sobrevenida e imprevisible de circunstancias que han quebrado la relación de equivalencia de prestaciones de la base del negocio jurídico alterando la causa económica del Contrato y haciendo excesivamente onerosa la prestación de mi representada, conforme a lo dispuesto en los arts. 1.100 y 1.258 del Código Civil, a la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* y a la doctrina jurisprudencial de la frustración de la base del negocio.

12. Por otro lado, considera que concurre el requisito de peligro de mora procesal en tanto que, de no adoptarse las medidas cautelares solicitadas, podría producirse durante la pendencia del proceso una situación de ahogamiento financiero y de falta de viabilidad económica que impediría la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. Por otro lado, en caso de interponerse demanda de juicio verbal de desahucio pendiente este proceso, los perjuicios causados serían irreversibles.

13. Por último ofrece caución que asciende a 1.998,20 euros que se corresponde con los intereses judiciales (5%) del importe del diferencial entre la renta y demás cantidades exigibles que se vienen abonando desde el mes de abril de 2.020 y la prevista en el Contrato hasta el 28 de febrero de 2.021.

II/ 14. Frente a lo anterior, DIRECCION000 CB solicita la íntegra desestimación de las medidas cautelares interesadas y sostiene que, subsidiariamente, si se estima la procedencia de acordarlas, deberá cifrarse una caución por importe muy superior a la ofrecida por la demandante que califica de irrisoria para cumplir con el fin que le es propio.

15. En concreto, la demandada comenzó en la vista, al contestar, por efectuar examen de las distintas solicitudes de la demandante, considerando que no existe *periculum in mora* por ser insignificante la renta objeto del contrato si se tiene en cuenta - dicho en breve- la envergadura de la empresa demandante que, con 54 tiendas de venta al público, es una pyme con una buena ratio de solvencia y muy fuerte financieramente (lo que no se refleja en el peritaje) y sosteniendo que - frente a ello- la parte demandada es una comunidad de bienes de la que viven 11 familias y añadiendo que los antecedentes del contrato -que omite la actora- determinaron que, en la cláusula 3G, se estipulara que cada año la renta se incrementaría 1.000 euros (partiendo de los 12.000 euros inicialmente estipulados) y de lo que hace resultar: por un lado, que la renta aún no es la de mercado (sino que es inferior) porque la celebración del contrato partió de una transacción y, por otro lado, que el *petitum* que fija la demandante es incorrecto, al no tener en cuenta ese incremento anual.

16. La demandada considera que no concurren los requisitos de adopción de la medida cautelar. Y, así, por lo que al *fumus boni iuris* se refiere afirma que:

-el Decreto 15/20 de 21 de abril regula expresamente una serie de criterios para concluir quién tiene derecho a beneficiarse del *rebus sic stantibus*, excluyendo a las PYMES que por su solidez económica no necesitan ese amparo (art 257.1 LSC). Precisa que, en cuanto a las medidas que se adoptan, en relación a contratos de arrendamiento, la norma excluye a las compañías con activo superior a 4 millones de euros y LAMOLLA tiene 14 millones de euros en activos; que tambien excluye las de facturación superior a 8 millones de euros y la demandante tiene 40 millones de euros de facturación anual; y establece un límite de 50 trabajadores, cuando la demandante tiene entre 400 y 450 trabajadores. Si la ley ha excluido que pueda acogerse al beneficio, ha de considerarse que tampoco ha de obtenerlo por vía de medida cautelar y, además, el RD lo que regula es el aplazamiento de la obligación de pago de la renta, cuando la demandante lo que pretende es la quita.

-Tampoco concurre apariencia de buen derecho respecto de la situación de "insolvencia" porque la pericial no recoge la realidad financiera ya que, además de los 9 millones de fondos propios, tiene un capital social con 8 millones de euros de reservas y una facturación anual de 40 millones de euros. Además, no se tiene en cuenta la participación en sociedades filiales.

-No puede prescindirse de que ha recibido 5 millones de fondos ICO para sufragar la tesorería y que CASAS paga un total de 5 millones de euros por los arrendamientos de las tiendas, de lo que los 50.000 euros de esta litis son sólo un 1% del total.

-No puede prescindirse, para exponer la situación económica, del conjunto de la compañía - a la que no se hace referencia- sobre todo porque, insisitió, no existe el "concurso de tiendas".

-No puede prescindirse de los otros canales de venta que habrá rentabilizado (venta on line) ni de que la tienda tiene 7 trabajadores, pero que se ha dispuesto de ERTES.

-No es correcto - como se hace en el informe pericial- cifrar las pérdidas en 162.000 euros porque esa cifra tiene en cuenta las ganancias del año anterior. Tampoco computar a dicho fin los aprovisionamientos pese a que la venta es 0, ni incluir la amortización que no afecta a la liquidez. De hecho, si se excluyen esas partidas tendría beneficios y por lo que, concluye, la situación de pérdidas e insolvencia es irreal.

17. En cuanto al PERICULUM IN MORA, concretado en el riesgo de concurso de acreedores , sostiene que ha obtenido línea ICO (5 millones de euros); no existe riesgo de despido de trabajadores porque, como se dice en el informe, tiene otras tiendas a las que movilizar el personal, como están haciendo y además otros mecanismos como los ERES; la cuantía de 50.000 euros para una empresa de la magnitud de la demandante es irrisoria y por tanto no es creíble el riesgo de impago ni de "ahogamiento"

18. En cuanto a la medida pretendida tendente a prohibir la interposición de demanda de desahucio: a/ apela al principio de tutela judicial efectiva; b/ sustanciándose futuro e hipotético procedimiento, existen mecanismos hábiles como la alegación de prejudicilidad civil del art 43 LEC o la alegación de causas de oposición como es la de "causa compleja"; se pregunta qué ocurre con la eventual e hipotética vulneración de otros derechos - que ejemplifica con el impago de los 1.000 euros de incremento anual de renta (que se ha omitido en la demanda)- sosteniendo que tendría acción.

SEGUNDO.- REQUISITOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES:

19. A modo de preámbulo, cabe decir que la adopción de medidas cautelares exige, en todo caso, la ponderación de una serie de circunstancias o requisitos legalmente establecidos : *periculum in mora*, *fumus boni iuris*, proporcionalidad, necesidad y ofrecimiento de caución.

20. El artículo 728 LEC dispone que sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita

justifica que, en el caso concreto, de no adoptarse las mismas podría producirse, durante la pendencia del proceso, un *periculum in mora*, esto es una situación fáctica que impidiera o dificultara la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria de la pretensión.

21. Además, corresponde a la parte solicitante aportar aquellos elementos que justifiquen el *fumus boni iuris*, esto es, acreditar una apariencia de buen derecho o, si se prefiere, la probabilidad de éxito de la pretensión que pueda establecerse, provisional e indiciariamente, tras un primer examen de las alegaciones del demandante y sin prejuzgar el fondo del asunto.

22. Asimismo, la Ley de Enjuiciamiento Civil establece de forma implícita la exigencia de proporcionalidad en la adopción de la medida cuando el artículo 721.1 se refiere a la adopción de "las medidas necesarias" y el artículo 726.1. 2º otorga preferencia a las medidas "menos gravosas o perjudiciales para el demandado" que se identifica con la finalidad propia de la medida cautelar que, según se ha dicho, tiende a proscribir el riesgo de ineffectividad de la eventual sentencia condenatoria que en su caso pudiera dictarse.

23. Y, por último, dado que las medidas cautelares suponen una intromisión en el patrimonio del demandado, afectando o pudiendo afectar al mismo, la Ley exige que, para su adopción, el solicitante preste caución que responda, en su caso, de los perjuicios causados. Las medidas cautelares no son un fin en sí mismas por estar indefectiblemente preordenadas a la emanación de un ulterior pronunciamiento definitivo del que aseguran, preventivamente, la eficacia y utilidad. Dicha consideración de *instrumentalidad* ha sido entendido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: las medidas cautelares tienen por objeto asegurar las resultas del proceso. Es decir, se pretende con ellas evitar que por la actuación de los litigantes o por la naturaleza de las cosas, la sentencia que en su día se dicte no pueda ser llevada a efecto.

24. Así, el art.726.1.1ª LEC impone que la medida cautelar a ordenar es aquella "exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial." Es por ello que, al determinar la medida cautelar deberá tenerse en cuenta el fin que se persigue con ella. También es relevante el art. 721.1 LEC que se refiere a la adopción de "las medidas necesarias" y el artículo 726.1. 2º LEC que otorga preferencia a las medidas "menos gravosas o perjudiciales para el demandado".

25. En suma, se trata de que, enfrentados a la solicitud que efectúa la parte, la determinación de la medida cautelar sea *útil a su finalidad protectora* de la futura y eventual estimación de la pretensión, al tiempo que resulta no sólo *necesaria*, sino *proporcionada y la menos gravosa* de las que puedan acordarse. Y teniendo en cuenta, al fin, que las medidas cautelares se caracterizan por su *provisionalidad y de la temporalidad*, dado que, en cuanto a la primera, las medidas cautelares se mantendrán en tanto en cuanto cumplan con su función de aseguramiento. Y que, de otro lado, desaparecerán las mismas cuando en el proceso principal se haya logrado una situación tal que haga verdaderamente inútil el mantenimiento de aquellas.

TERCERO.- EXAMEN DEL CASO DE AUTOS:

26. En primer lugar se solicita la medida consistente en **prohibir la interposición de la demanda de desahucio** por impago de rentas u otras cantidades debidas mientras dure el presente procedimiento y la actora satisfaga las cantidades que por renta y demás conceptos a su cargo se determinan por esta parte en el ordinal segundo del suplico de esta demanda, para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dicte, y evitar así las consecuencias jurídicas irreversibles y perjudiciales para CALZADOS LAMOLLA, S.A., de tener que desalojar el Local arrendado por la eventual estimación de una demanda de desahucio por impago de rentas u otras cantidades debidas.

27. Sobre ello hay que decir, por un lado, que las medidas -tendentes a impedir el acceso a los Tribunales- no se cohonestan con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art 24 CE. La

parte demandante pretende que se prive al arrendador del derecho a impetrar la tutela judicial, sosteniendo que con ello trata de conjurar el riesgo de desalojo, obviando por un lado que el sistema jurídico dispone de mecanismos útiles -como la prejudicialidad civil, la alegación de cuestión compleja (rebus sic stantibus, sub iudice) e incluso la ponderación de la mala fe en el ejercicio de acciones y derechos- y por otro - y no menos trascendente- que el eventual ejercicio de la acción de desahucio - por mucho que las causas de oposición sean limitadas en aquella sede- está sujeto a una tramitación (en la que se puede efectuar oposición) y a la valoración y ponderación judicial; en suma, no existe automatismo alguno entre el ejercicio de la acción de desahucio y el riesgo de lanzamiento que se afirma que se pretende proscribir y de lo que, en suma, ha de considerarse que no concurre, en la medida interesada, el requisito de proporcionalidad y necesidad.

28. En cuanto a la segunda medida interesada consistente en **la suspensión de la obligación de pago del 70% del importe de la renta** y demás cantidades exigible a CALZADOS LAMOLLA SA **en el mes de marzo de 2020 respecto de la mensualidades de abril y mayo 2020; del 50% respecto de las mensualidad del mes de junio de 2020; del 30% para los meses de julio, agosto y septiembre de 2020 y del 20% para las mensualidades siguientes hasta el mes de febrero de 2021** inclusive (...) un análisis ordenado y sistemático exige diferenciar entre los dos requisitos fundamentales para adoptar la medida interesada. Y así, se observa que la solicitud se formula sosteniendo (en el propio petitum) que el **periculum in mora** se proyecta sobre: a) asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare, y b) evitar así consecuencias jurídicas irreversibles y muy perjudiciales para CALZADOS LAMOLLA, S.A., y poder evitar el cierre de la actividad comercial que se ejerce en la tienda de autos, los despidos de los trabajadores y el concurso de acreedores por la imposibilidad de atender sus obligaciones de pago. En tanto que el **fumus boni iuri** se fundamenta en la cláusula *rebus sic stantibus*.

CUARTO.- REBUS SUIC STANTIBUS:

29. La cláusula, de elaboración jurisprudencial, *rebus sic stantibus* ("que sigan igual las cosas") complementa la cláusula *pacta sunt servanda* y se asienta sobre la idea de que los pactos obligan conforme a su tenor, mientras no se produzca una alteración de la base del negocio.

30. Dicha construcción doctrinal ha obtenido reconocimiento en textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT, art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) en los que se ha inspirado la interpretación en nuestro derecho (STS 1180/2008, de 17 de diciembre y STS 5/2019 de 9 de enero). Y se halla implícita en todos los contratos, teniendo su fundamento en el principio de buena fe y de justo equilibrio de las prestaciones (arts. 7 CC) debiendo ser aplicada de forma restrictiva -por afectar al principio general *pacta sunt servanda* y al de seguridad jurídica recogidos en los artículos 1.091 y 1.258 CC- sólo cuando concurren los requisitos exigidos; esto es, dicho de forma muy sucinta: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual.

31. En ese sentido, la describe, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Civil sección 13 del 22 de mayo de 2.020 que, además, hace un pormenorizado análisis, cuando dice: *Por lo que respecta a la aplicación cláusula rebus sic stantibus, (...) debemos comenzar señalando que se trata de una institución de carácter doctrinal que opera como un recurso para la moderación del rigor del principio pacta sunt servanda, es decir, la necesidad de que, de conformidad con lo dispuesto en losarts. 1091,1255y1278 del Código Civil, los contratos, por ser fuente de obligaciones, hayan de cumplirse con arreglo a lo convenido con respeto del principio de buena fe. Esta cláusula opera ante una profunda alteración de las circunstancias, que constituya un fenómeno anormal dentro del contrato y que rompa el equilibrio de prestaciones, permitiendo bien la resolución del vínculo obligatorio, bien su reformulación o revisión de modo que se restablezca el equilibrio roto.*

(...)

En cuanto a su régimen jurídico debemos estar a la doctrina jurisprudencial que se recoge y resume en lasSSTS nº 156/2020, de 6 de marzo y en la nº 5/2019, de 9 de enero, por cita de las más recientes; esta última, con cita de otras anteriores, particularmente la Sentencia del Pleno de la Sala I del TS nº 820/2012, de 17 de enero de 2013, nos recuerda que:

"la cláusula rebus sic stantibus [estando así las cosas], próxima en su fundamento a losarts. 7y1258 CC, trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato.

Aunque esta regla ha sido reconocida por la jurisprudencia, siempre lo ha hecho de manera muy cautelosa, dado el principio general, contenido en el art. 1091 CC, de que los contratos deben ser cumplidos. Y más excepcional aún se ha considerado su posible aplicación a los contratos de trato único como es la compraventa.

La jurisprudencia ha insistido constantemente en que la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la propia finalidad del contrato. Y por supuesto, que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (sentencia 567/1997, de 23 de junio y las que en ella se citan).

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos que han regulado los efectos de la alteración de la base del negocio - geshäftsgrundlage, en el derecho alemán (§ 313 BGB); excesiva onerosità sopravvenuta en el Código civil italiano (LEG 1889, 27); o frustration o hardship del derecho anglosajón-, nuestro Código Civil no regula un mecanismo semejante que expresamente permita modificar el contenido de las obligaciones en función de cambios imprevisibles para el cumplimiento del contrato.

No obstante, en la actualidad existe una tendencia a que la regla se incorpore a propuestas o proyectos de textos internacionales (art. 6.2.2 de los principios UNIDROIT), de Derecho de la Unión Europea (art. 6.111 de los Principios de Derecho Europeo de la Contratación, PECL) y nacionales (art. 1213 del CC en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos preparada por la Comisión General de Codificación).

El citado art. 6.111 PECL, relativo al "Cambio de Circunstancias", señala:

"(1) Las partes deben cumplir con sus obligaciones, aun cuando les resulten más onerosas como consecuencia de un aumento en los costes de la ejecución o por una disminución del valor de la contraprestación que se recibe.

"(2) Sin embargo, las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner fin al mismo si el cumplimiento del contrato resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de las circunstancias, siempre que: (a) Dicho cambio de circunstancias haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión del contrato. (b) En términos razonables, en el momento de la conclusión del contrato no hubiera podido preverse ni tenerse en consideración el cambio acaecido. (c) A la parte afectada, en virtud del contrato, no se le pueda exigir que cargue con el riesgo de un cambio tal de circunstancias".

Aunque los Principios de Derecho Europeo de los Contratos no tienen carácter vinculante, la jurisprudencia de esta sala los ha utilizado reiteradamente como criterios interpretativos de las normas de derecho interno. Verbigracia, la sentencia 1180/2008, de 17 de diciembre, señala que "el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil", y cita múltiples sentencias en las que se han utilizado estos principios con esos fines.

Mientras que, en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos

preparada por la Comisión General de Codificación, se propone para el art. 1213 CCl la siguiente redacción, inspirada tanto en la idea de la causa negocial, como en la de la asignación de riesgos:

"Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren 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 al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, no le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si esta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución.

"La pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato".

2.- Respecto a la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a los contratos con incertidumbre sobre sus resultados económicos, la sentencia 626/2013, de 29 de octubre, declaró que:

"para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato se exige, entre otras condiciones, como señaló la sentencia de 23 de abril de 1991, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual".

*Es decir, la regla *rebus* no puede operar en contratos cuyo ámbito de aplicación propio está constituido por los supuestos en los que no resulta del contrato la asignación del riesgo a una de las partes o una distribución del riesgo de una determinada manera.*

3.- Tanto en la jurisprudencia como en las regulaciones internacionales antedichas es condición necesaria para la aplicación de la regla *rebus* la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo

En similares términos se pronuncia la STS 156/2020 cuando precisa que: " Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)".

En el caso que analizaba el TS en su STS 5/2019 se trataba de la pérdida de una inversión vinculada directamente a la evolución de un fondo subyacente, y por tanto, de alto riesgo, quedando los inversores expuestos a la pérdida total de la inversión, lo que en ese caso vino determinado por la quiebra del fondo.

*Se planteaba si la mencionada quiebra del fondo subyacente tiene el carácter de hecho imprevisible a efectos de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*. Y el TS concluye que la respuesta debe ser negativa, porque el riesgo de quiebra del fondo estaba previsto contractualmente e incluso puede considerarse un riesgo intrínseco en las notas estructuradas (...)"*

QUINTO.- REBUS SIC STANTIBUS Y CASO DE AUTOS:

32. El primer lugar, aun cuando no es litigioso, debe declararse probado el abrupto cambio de circunstancias que verificó con la pandemia-COVID y, en su consecuencia -dicho de forma muy breve, por cuanto notorio- las restricciones impuestas por el Gobierno, al declarar el estado de alarma, por razones sanitarias y las medidas que se han ido sucediendo hasta la denominada "nueva normalidad"

en la que nos encontramos..

33. En segundo lugar, en orden a que sea aplicable la cláusula *rebus sic stantibus*, como se dijo, es necesario verificar la causalidad directa entre esa circunstancia y las obligaciones contractuales y su cumplimiento; esto es, no hay automatismo, tal y como señala la STS 214/2019 de 5 de abril ("es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate").

34. En el caso, esta juzgadora considera que esa relación causal concurre durante el periodo de cierre total y completo por imperativo normativo; esto es, desde el 14 de marzo hasta el 11 de mayo de 2.020. En ese periodo en que el local permaneció cerrado por efecto directo de la declaración del estado de alarma, se alteró la base del negocio, ya que no se pudo ejercer la actividad de venta presencial, conforme al que era el destino del objeto del arriendo.

35. Sin embargo, a partir del momento en que la tienda pudo reabrirse hay que diferenciar los distintos estadios. Así, de la pericial de la Sra. Tarsila se infiere que, pese a que a partir del 11 de mayo era posible la apertura al público, con un aforo del 20 % y cita previa (fase 0) y a partir del 18 de mayo con un aforo del 30% y sin cita previa, la Dirección de la tienda adoptó la decisión de no reabrir porque las posibilidades de facturación eran inferiores al coste de personal. Se plantea en este punto, la relación causal directa y considera esta juzgadora que con una limitación de aforo y sobretodo con medidas tan restrictivas como la cita previa, sí concurre esa relación causal que se está examinando, con independencia de la decisión empresarial. Añadir que, en el caso, como quiera que el establecimiento permaneció cerrado, podría concluirse que es baladí la diferencia que ahora se hace. Sin embargo no lo es, porque en este periodo (desde el 11 hasta el 22 de mayo) el completo cierre responde a una decisión empresarial -como se ha dicho- pese a lo cual se da tambien la relación de causalidad, con alteración de la base del negocio, porque siendo tan gravosas las medidas (señaladamente la cita previa), sí existe esa alteración de las circunstancias tenidas en cuenta a la fecha de celebración del contrato, que estamos examinando.

36. Sin embargo, en un momento posterior - cuando se amplía el aforo y no es necesaria la cita previa (7 de junio)- y después se entra en un escenario en el que el establecimiento permanece abierto dentro del horario estipulado por las autoridades, con meras medidas higiénicas, de autoprotección y distanciamiento en su seno, no puede afirmarse con la misma rotundidad esa incidencia causal.

37. En este punto - antes de continuar- es oportuno incidir en que no se comparte la argumentación de la demandante quien en el escrito de demanda sustenta el derecho a interesar y obtener la suspensión del cumplimiento de la obligación de pago de la renta en el incumplimiento por la parte arrendadora de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada porque: 1. La arrendataria ha seguido disponiendo de la posesión y el goce del local (que cuanto menos habrá empleado como almacén). 2. El goce - y disfrute dado al local - ha sido completo, dentro de las disposiciones legales. Esto es, no es el arrendador el que ha limitado el uso que se podía dar al local y, por tanto, no ha existido incumplimiento alguno por parte del propietario. No es necesario extenderse en mayor medida en lo anterior, dado que - más allá de la alegación adicional (y puntual) efectuada en la demanda para calificar el cierre del local como "incumplimiento"- es claro que la solicitud no pivota en un eventual incumplimiento del arrendador (art.1124 CC) sino en el sobrevenido cambio de circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de celebrar el contrato y el desequilibrio que se afirma producido.

38. Retomando el hilo, otro requisito necesario es que la alteración provocada sea sustancial y aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o frustre el propio fin del contrato. Tal requisito, nuevamente, concurre con meridiana claridad en el periodo de cierre - en términos similares a lo que antes se expuso- porque durante el mismo, es claro que la

finalidad económica primordial del contrato, para una de las partes, se torna inalcanzable (se frustra), sin que lógicamente, el mero uso como almacén - que es el único que pudo darse al local- enerva lo anterior. Pero, nuevamente, resulta más difícil efectuar una proyección cierta, segura e ilimitada una vez se procede a la reapertura de la tienda y durante lo que ha dado en llamarse la nueva normalidad, por las mismas razones referidas.

39. Sobre la onerosidad, partiendo de que no se afirma por la demandante que se haya frustrado el fin del contrato (porque el local sigue destinándose al fin contractualmente convenido) sino que la disminución de ventas ha provocado que deje de ser rentable, lo primero que se observa es la absoluta omisión de la valoración de las ayudas públicas recibidas y que, lógicamente, son una de las variables que han de utilizarse para concluir sobre esa mayor onerosidad porque las mismas se han concedido -tambien- en beneficio (indirecto) del arrendador y en pro del contrato. La pericial de la parte afirma la percepción de préstamo ICO de 5 millones de euros y ayudas relativas a otros gastos fijos como pueden ser los ERTE. Sin embargo, pese a incidir directamente en la onerosidad, no se tienen en cuenta.

40. Aun prescindiendo de lo anterior, el examen de la onerosidad - respecto de la pérdida de beneficios e incursión en pérdidas- se hace por la perito Sra. Tarsila sumando pérdidas y beneficios del año precedente e incluyendo, como sumandos, los aprovisionamientos o la amortización de inmovilizado que resultan variables distorsionadoras. Con todo, aun prescindiendo de la crítica efectuada en juicio , donde esa distorsión quedó ampliamente puesta de relieve, es palpable y debe considerarse acreditado que se ha producido una caída de las ventas en el local. No obstante, como se dijo, lo relevante no es sólo esa disminución de las ventas, sino la relación causal entre esta caída y las medidas - en breve- sanitarias derivadas del COVID que, a efectos de resolver, deben distinguirse del *riesgo de explotación* que, entre otros muchos factores, puede verse afectado por la disminución general del consumo (en un escenario de crisis económica, por ejemplo) o por la reorientación de los hábitos de los consumidores (compra on line, por ejemplo). Y en relación con el riesgo de explotación se plantea la cuestión de la eventual previsión contractual por las partes.

41. Efectivamente, la aplicación de *la cláusula rebus sic stantibus no procede si la ley o el contrato atribuyen el riesgo a una de las partes* (STS 214/2019 de 5 de abril).

42. Sobre ello, es cierto, como ya se ha dicho, que la pandemia que ha ocurrido es una circunstancia extraordinaria y, por tanto imprevisible, como lo eran tambien las medidas sanitarias que se han adoptado (confinamiento y cierre de establecimientos). Sin embargo, una vez se procede a la reapertura y los ciudadanos tienen libertad para acceder al establecimiento (con medidas de protección e higiénicas) el hecho de que las ventas no se recuperen no determina la necesaria o automática aplicación de la cláusula rebus, como se dijo..

43 En el caso, examinado el contrato de arrendamiento (doc nº 1) en la conclusión segunda, se estipuló un plazo de duración de nueve años y después, en el párrafo tercero, se acordó que, transcurrido un año de vigencia, el arrendatario podía desvincularse libremente, sin justificación, ni condicionante de clase alguno y sin indemnización a su cargo. Sólo se establece la necesidad de que se proceda al normal preaviso a la otra parte.

44. Tal previsión supone la inclusión en el contrato del *riesgo de explotación*, ya que la decisión de continuar o no con la actividad corresponde, exclusivamente, a la arrendataria, permitiéndole desistir unilateralmente y resolver el contrato de arrendamiento. Y ello incluye, en su caso, cesar si el negocio deja de reportarle beneficios o, más generalmente, si resulta inviable.

45. La STS 19/2019 de 15 de enero se pronunció sobre un supuesto en el que rechaza la revisión de la renta de un contrato que tiene por objeto un inmueble destinado a uso de hotel porque en el contrato se preveía una retribución fija y otra variable y se permitía al arrendatario desvincularse pasado una parte del plazo. Y más recientemente - de hecho inmediatamente antes de la declaración

del estado de alarma- el 6 de marzo de 2.020, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó la Sentencia 156/2020 (recurso número 2400/2017) de la que es ponente el Excmo. Sr. Ignacio Sancho Gargallo y en la que se dice: " *hemos de partir de la jurisprudencia sobre la denominada cláusula rebus sic stantibus, que se contiene en la reciente sentencia 455/2019, de 18 de julio: (...) según la doctrina jurisprudencial de la rebus sic stantibus, la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (sentencia del pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla " rebus" la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)".*

46. En el caso, por tanto, proyectando todo lo expuesto sobre el requisito de FUMUS BONI IURIS, ha de concluirse a favor de la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus* respecto del periodo en el que se produjo el completo cierre - donde se frustró absolutamente el fin del contrato, por causa ajena a ambas partes- pero no procede adoptar la medida por no haberse acreditado la concurrencia de periculum in mora.

47. Así, sobre el PERICULUM IN MORA se observa que en el mismo suplico se resumen los riesgos que la demandante trata de conjurar y se sostiene que, con la medida, trata de asegurar el cumplimiento de la eventual sentencia estimatoria y evitar las consecuencias jurídicas irreversibles y muy perjudiciales para CALZADOS LAMOLLA, S.A., y poder evitar el cierre de la actividad comercial que se ejerce en la tienda de autos, los despidos de los trabajadores y el concurso de acreedores por la imposibilidad de atender sus obligaciones de pago. Todo ello tambien calificado en el cuerpo del escrito como "ahogamiento" económico.

48. En cuanto al aseguramiento de eventual sentencia estimatoria, la parte demandante ni alega ni prueba riesgo de insolvencia de la parte demandada y, antes al contrario, en la medida en la que la demandada es propietaria del inmueble objeto de arrendamiento (de previsible valor muy superior a la cuantía objeto de la litis) todo indica que, de estimarse la pretensión, la demandada podría hacer frente a la devolución del eventual exceso que le hubiera sido satisfecho.

49. Por otro lado, en cuanto a evitar el cierre de la actividad comercial, los despidos de los trabajadores y el concurso de acreedores, lógicamente ello exigiría haber acreditado las concretas dificultades económicas por las que atraviesa la demandante y el riesgo de insolvencia. Ello no consta ni tan siquiera alegado y de la documental aportada por la demandada resulta, por el contrario, la solidez de la misma. En consecuencia no se ha acreditado el peligro que se pretende.

50. Como correlato de todo lo expuesto, se desestima la solicitud de medidas cautelares que se ha formulado.

CUARTO.- En cuanto a las costas, el art 736 LEC remite al art 394 LEC y por lo que deba estarse al principio de vencimiento. Como correlato, se imponen a la parte demandante.

PARTE DISPOSITIVA

1. DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la solicitud de adopción de medidas cautelares formulada por CALZADOS LAMOLLA SA contra DIRECCION000 CB

2. Y DENEGAR LAS MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS SOLICITADAS**3. Las costas causadas en se imponen a la parte demandante.****4. Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN que será objeto de preferente tramitación (art 736 LEC)**

Así lo acuerda, manda y firma Dña. Elena Campos Martín, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona. Doy fe.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

INFORMACIÓN PARA LOS USUARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA:

*En aplicación del Real Decreto-ley 16/2020 y de la Orden JUS/394/2020, dictados con motivo de la situación sobrevenida con motivo del **COVID-19**, durante el estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización:*

- La atención al público en cualquier sede judicial o de la fiscalía se realizará por vía telefónica o a través del correo electrónico habilitado a tal efecto, arriba detallados, en todo caso cumpliendo lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.*
- Para aquellos casos en los que resulte imprescindible acudir a la sede judicial o de la fiscalía, será necesario obtener previamente la correspondiente cita.*
- Los usuarios que accedan al edificio judicial con cita previa, deberán disponer y usar mascarillas propias y utilizar el gel desinfectante en las manos.*

Análisis

Normativa aplicada

L 1/2000 de 7 Ene. (Enjuiciamiento Civil) art. 721.1; art. 726.1; art. 728

Voces

Arrendamientos urbanos
Derechos y obligaciones del arrendatario
Obligación de pagar el precio
Coronavirus
Estados de alarma, excepción y sitio
Estado de alarma
Proceso civil
Medidas cautelares
Presupuestos
Apariencia de buen derecho
Peligro por la mora procesal