

Estado de alarma, *rebus sic stantibus* y medidas cautelares

José Ignacio Atienza López

*Letrado de la Administración de Justicia.
Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid*

Extracto

El presente caso práctico trata de poner de manifiesto una realidad que diariamente se produce en nuestros juzgados de primera instancia como consecuencia de la declaración del estado de alarma, derivado de la situación de pandemia; nos referimos a la adopción de medidas cautelares encaminadas a proteger a los arrendatarios que han permanecido con los negocios cerrados por causa de fuerza mayor. Resulta esencial la virtualidad y eficacia práctica de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, que da plena cobertura a la posibilidad de adoptar medidas impeditivas del ejercicio por el arrendador de las acciones inmediatas tendentes a la recuperación de la finca arrendada. El sinalagma propio del contrato se ve afectado por la situación de estado de alarma, afectando a la causa del propio contrato.

Palabras clave: arrendamientos urbanos; estado de alarma; medidas cautelares; *rebus sic stantibus*.

Fecha de entrada: 15-11-2020 / Fecha de aceptación: 27-11-2020

Enunciado

Juan es el inquilino de un local de negocio en Madrid, situado en un centro comercial, que se ha visto obligado a suspender su actividad comercial como consecuencia del decreto del estado de alarma y las sucesivas prórrogas que el Gobierno fue acordando del mismo.

Durante esos meses, y por causa de fuerza mayor, ni el arrendador ha podido cumplir con sus obligaciones ni el arrendatario ha pagado renta alguna de tal periodo; ahora bien, en garantía del cobro de las rentas, se constituyó un aval que el propietario del local pretende ahora ejecutar en relación con los meses de renta que le son debidos.

En este contexto, Juan acude a nuestro despacho de abogados al objeto de tratar de evitar que se lleve a cabo la ejecución del aval por parte de su arrendador, al margen de la posibilidad de reclamar judicialmente la condonación de las rentas no abonadas correspondientes a ese periodo.

¿Qué podemos hacer con carácter inmediato?

Cuestiones planteadas:

- Efectos del estado de alarma sobre los contratos de arrendamiento urbano.
- Virtualidad práctica de la cláusula *rebus sic stantibus* en relación con el incumplimiento por las partes de sus obligaciones contractuales.
- Jurisprudencia en la materia.

Solución

Lo que Juan nos plantea pasa necesariamente por la solicitud de adopción de medidas cautelares previas a la propia interposición de la demanda para impedir la ejecución del aval, pero es necesario delimitar claramente el contexto en el que se desenvuelve el caso, pues es el mismo que miles de arrendatarios han padecido con ocasión de la situación que el estado de alarma les ha creado en su relación arrendaticia.

Nuestra petición de medidas cautelares inmediatas ha de sostener que, tras la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y las sucesivas prórrogas, motivadas por la situación de pandemia generada por la covid-19, los inquilinos se han visto obligados, en virtud de las normas citadas, a cerrar temporalmente los establecimientos comerciales. Ello habría implicado una «ruptura del sinalagma funcional de la relación contractual entre las partes, haciendo desaparecer –durante el periodo de cierre y posterior de limitación– la causa del contrato», colocando a la contraparte en una situación de incumplimiento (por

causa de fuerza mayor) de su obligación de mantener al arrendatario en el uso pacífico de la cosa para el fin pactado. Por ello, debemos entender que durante este periodo tampoco puede devengarse renta alguna, al no ser exigible la obligación de retribución de un uso que se ha visto imposibilitado primero y luego limitado, aunque por causas no imputables a las partes. Es por ello que la acción principal a interponer será una demanda, para que se declare la inexigibilidad de la obligación del pago durante el periodo de vigencia de la orden que obligaba al cierre de establecimientos comerciales y a la apertura limitada posterior, en aplicación de la doctrina de la *rebus sic stantibus*, y por medio de la medida cautelar solicitada, se ha de entender que la arrendadora no ejecute la garantía que se constituyó para el pago de las rentas.

Por ello, nuestra solicitud de medidas cautelares previas a la interposición de la demanda, habrá de solicitar el acuerdo de:

- a) La prohibición o suspensión temporal de la facultad de la parte solicitada de reclamar, en vía extrajudicial o judicial, la ejecución de la garantía, y la notificación de dicha resolución a la entidad garante.
- b) Subsidiariamente a la anterior, el embargo preventivo del crédito que la parte solicitada ostenta frente a la entidad bancaria garante por mor de la garantía y, en su caso, de los importes ya entregados, que deberán ser consignados en la cuenta del juzgado, notificando dicha resolución a la entidad garante.
- c) Subsidiariamente a la anterior, ordenar la entrega preventiva y desposesión de la garantía, cuyo original deberá ser entregado por la parte solicitada al juzgado, donde se conservará en custodia durante la duración del procedimiento principal y mientras se mantenga la medida cautelar.

Resulta esencial que solicitemos la adopción de las medidas cautelares inaudita parte a fin de evitar perjuicios irreparables conforme al artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

El artículo 728 de la LEC regula los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares, que son la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), el peligro derivado de la mora procesal (*periculum in mora*) y el ofrecimiento de caución para responder de los daños y perjuicios que pudiera comportar la adopción de la medida.

- a) La apariencia de buen derecho implica un juicio de probabilidad anticipado sobre el fundamento de la pretensión ejercitada en la demanda, o, en términos del artículo 728 de la LEC, la presentación de «datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión».
- b) En segundo lugar, debe acreditarse la existencia de un peligro derivado de la mora procesal, esto es, la justificación de que «podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria».

- c) Por último, el solicitante debe prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado.

Las medidas cautelares a adoptar se contemplan en el artículo 727 de la LEC, siendo el listado meramente ejemplificativo, como lo demuestra la expresión «entre otras» al inicio del precepto y la cláusula de cierre prevista en el apartado undécimo.

La regla general es que las medidas cautelares se adopten previa audiencia del afectado (art. 733.1 LEC). No obstante, en apartado 2 del artículo 733 LEC prevé como excepción la adopción de estas medidas «inaudita parte», cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar. En este caso, la medida se acordará mediante auto en el plazo de cinco días, en el que se razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

En el presente caso entendemos que cabe apreciar las razones de urgencia para adoptar la medida cautelar sin la previa audiencia de la demandada, propietaria del local. Efectivamente, la que será futura demandante acredita que, al firmar el contrato de arrendamiento, se entregó un aval solidario a primer requerimiento otorgado por un banco, y que la propietaria va a pedir al banco el pago de la cantidad avalada a través de burofax.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la medida cautelar principal interesada (suspensión temporal de la facultad de la parte solicitada de reclamar, judicial o extrajudicialmente, la ejecución del aval) supondría escaso perjuicio a la arrendadora, pues, en cualquier caso, tras la audiencia posterior a la demandada, es posible que se ratifique o se alce la presente medida cautelar y, en este último caso, solo se habría producido un retraso en el cobro de dicha cantidad.

En cuanto a la concurrencia de los restantes requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar, debe indicarse lo siguiente:

La medida cautelar habrá de ser solicitada como instrumental respecto del procedimiento que en el futuro se pretenda iniciar, que será un proceso declarativo que declare la inexigibilidad de las rentas derivadas del contrato de arrendamiento durante la vigencia del estado de alarma por la imposibilidad de abrir al público el establecimiento arrendado, conforme a la cláusula *rebus sic stantibus*.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, la situación generada por la pandemia por la covid-19, que dio lugar a la declaración del estado de alarma, es una situación completamente novedosa que ha generado en la doctrina numerosas reflexiones sobre la eventual aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Esta cláusula es de creación jurisprudencial (que se aplicó especialmente tras la guerra civil y que volvió a resurgir especialmente en la jurisprudencia de la Sala Primera en diversas sentencias de 2014 referidas a cambios producidos por la crisis económica de 2008); se considera

una consecuencia de los contratos sinalagmáticos que establecen prestaciones recíprocas o equivalentes entre las partes, en particular en los contratos de tracto sucesivo. Se parte de la premisa de que las partes firman un contrato en el que se obligan a prestaciones recíprocas para el caso de que las circunstancias se mantengan como están, y que una alteración extraordinaria de tales circunstancias que provoque una ruptura del equilibrio de las partes del contrato, de tal modo que sea excesivamente gravoso y desproporcionado el cumplimiento íntegro de la prestación por una de las partes, pueda dar lugar a la modificación de dicho contrato (o incluso a hacer inexigibles algunas de las obligaciones dimanantes del mismo).

Se trata de una cláusula de aplicación muy restrictiva, con la salvedad de las sentencias de la Sala Primera de 30 de junio y de 15 de octubre de 2014, en las que la sala fue más flexible en su aplicación y admitió que la crisis económica de 2008 había supuesto una alteración sustancial y extraordinaria de las circunstancias del contrato, que convertía en especialmente oneroso el cumplimiento de la prestación para una de las partes, valorando a su vez otras circunstancias. En concreto, la Sentencia de 15 de octubre de 2014 admitió la moderación de la renta pactada mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* a un contrato de arrendamiento de un negocio hotelero, en el que se apreció un cambio imprevisible de circunstancias, que comportó la ruptura de la equivalencia de las prestaciones.

Es cierto que las sentencias posteriores de la Sala Primera que se han referido a esta cláusula han descartado su aplicación. No obstante, cada resolución hace referencia a supuestos muy específicos y, en muchas de ellas, la alegación de la cláusula *rebus sic stantibus* se realizaba por la parte interesada de forma subsidiaria, o bien no era posible apreciar una auténtica imprevisibilidad en el cambio de circunstancias.

Ante la novedosa situación generada por la pandemia de la covid-19 y las restricciones a la movilidad y a la libertad de empresa, con el consiguiente cierre de comercios y de centros comerciales, es perfectamente comprensible lo que Juan pretende, y por ello debería prosperar, por lo cual tampoco sería exigible la garantía vinculada al fondo del asunto.

En cuanto al peligro derivado de la mora procesal, si se permite la ejecución del aval, se coloca al arrendatario en una situación todavía más precaria desde el punto de vista patrimonial, que obligaría a la reclamación posterior de tales cantidades y a una sobrecarga económica, afectando a la imagen de la sociedad como incumplidora de sus obligaciones.

La inmediata ejecución del aval perjudicaría a la demandada, al pasar a ser deudora de la avalista, que le reclamaría los pagos con intereses y gastos.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Ley 1/2000 (LEC), arts. 728 y 733.
- SSTS de 30 de junio de 2014 (NCJ058627) y 15 de octubre de 2014 (NCJ058985).