

## **Cláusula rebus de necesidad y Cláusula rebus de estabilización: un análisis en el ejemplo de los locales de arrendamiento de local de negocio y de industria**

Francisco Pertíñez Vílchez

Prof. Titular Derecho Civil. Universidad de Granada. Abogado

**Diario La Ley**, Nº 9665, Sección Doctrina, 2 de Julio de 2020, **Wolters Kluwer**

Normativa comentada

*RD-ley 15/2020 de 21 Abr. (medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo)*

CAPÍTULO I. Medidas para reducir los costes de pymes y autónomos

Artículo 1. *Arrendamientos para uso distinto del de vivienda con grandes tenedores.*

Artículo 2. *Otros arrendamientos para uso distinto del de vivienda.*

Comentarios

Resumen

Se analiza la virtualidad de la invocación de la cláusula rebus por los arrendatarios de locales de negocio e industria, desde una doble perspectiva: en el corto plazo, como instrumento defensivo frente a una eventual acción de desahucio por impago de rentas y, en el medio y largo plazo, como instrumento de ajuste de la renta que compense la eventual pérdida del valor de la contraprestación que recibe el arrendatario como consecuencia de la depresión de la demanda post Covid-19.

- Comentario al documento *Hacer una mínima predicción sobre la aplicación judicial de la cláusula rebus por el acaecimiento de la pandemia de Covid-19 a los contratos de arrendamiento de locales de negocio y de industria que sirviera de base firme sobre la que entablar una negociación eficiente entre las partes para ajustar el contrato a la nueva realidad resulta ahora poco menos que imposible, porque la Jurisprudencia sobre la cláusula rebus es confusa y desordenada. No obstante, es posible distinguir dos momentos o tramos en la aplicación de la doctrina de la cláusula rebus, en los que la misma se invocará por los arrendatarios con un sentido y unos efectos distintos. En el corto plazo, es de prever que la*

*cláusula rebus se invoque defensivamente por los arrendatarios que no pudieran beneficiarse de la moratoria del art. 1 del RD Ley 15/2020, frente a las pretensiones de cumplimiento o de desahucio formuladas por los arrendadores. El éxito de esta invocación defensiva o de necesidad de la cláusula rebus estará vinculada a la concurrencia de circunstancias análogas en el arrendador y en el arrendatario a las descritas en los arts. 1 y 3 del RD Ley 15/2020. Por otra parte, no se puede obviar el obstáculo procesal que supone la inexistencia de un cauce adecuado en el procedimiento de desahucio para invocar la aplicación de la cláusula rebus. En el medio y largo plazo, la aplicación de la cláusula rebus requiere acreditar que la pandemia ha causado una alteración grave de la relación de intercambio inicialmente pactada en el contrato por una disminución, en términos objetivos, del valor de la contraprestación que recibe el arrendatario.*

## **I. Introducción. moratoria del RDL 15/2020 y Cláusula rebus**

La aplicación judicial de la *Cláusula rebus sic stantibus* no es una solución adecuada para los arrendatarios de locales de negocio o de industria que se hayan visto gravemente afectados en la rentabilidad de su negocio a consecuencia de la pandemia de Covid-19. Una resolución judicial al respecto sólo podría tener efectos retrospectivos sobre el montante de las rentas ya vencidas y, en la mayoría de los casos, este ajuste judicial no servirá para salvar el contrato de arrendamiento y el negocio realizado en el local por haberse producido ya, al tiempo de dictarse la sentencia, un desahucio por imago del arrendatario o por haber cesado éste definitivamente en su actividad (1) .

La novación temporal pactada del contrato de arrendamiento es sin duda la mejor opción para adaptar las condiciones del contrato a la nueva realidad y posibilitar, en beneficio también del arrendador, la subsistencia de la actividad comercial desarrollada en el local y con ello la del contrato mismo de arrendamiento por el tiempo pactado. Pero para adoptar este acuerdo de manera eficiente, las partes necesitarían poder anticipar el resultado previsible de una resolución judicial al respecto.

Sin embargo, el resultado de una posible sentencia dictada en aplicación de la *Cláusula rebus* es altamente impredecible, no sólo porque dependerá de la evolución de factores todavía desconocidos, como la recuperación de la actividad tras la salida del estado de alarma o la incidencia real que puedan tener las líneas de crédito a empresarios avaladas por el estado, sino también porque la crisis económica generada por la pandemia de Covid-19 va a poner en cuestión lo débiles resortes doctrinales sobre los que se asienta la Jurisprudencia española sobre la *Cláusula rebus sic stantibus*, que seguramente necesitará desarrollos nuevos.

En este contexto, el Real Decreto Ley 15/2020, de 21 de abril (LA LEY 5476/2020), de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía ha previsto en su art. 1 (LA LEY 5476/2020) una moratoria excepcional en el pago de la renta de hasta cuatro meses, en los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de naturaleza urbana para uso distinto de vivienda que estén afectos a una actividad empresarial o profesional (a partir de ahora, diremos de manera simplificada, contratos de arrendamiento de local de negocio, aunque la moratoria afecte a otros contratos de arrendamiento de inmuebles de naturaleza urbana en los que también se desarrolle una actividad empresarial o profesional) y en el de los arrendamientos de industria, siempre que el arrendador sea una empresa o entidad pública o un gran tenedor, esto es, una persona física o jurídica que sea titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m<sup>2</sup>, y además concurren en los arrendatarios los requisitos subjetivos a los que se refiere el art. 3. (LA LEY 5476/2020) En tal caso, la renta aplazada debe restituirse fraccionadamente, sin intereses, ni penalizaciones, durante al menos los dos años siguientes desde la finalización de la moratoria, salvo que el contrato se extinguiera antes.

Esta moratoria impuesta heterónomamente tiene el mérito de haber aclarado en parte las reglas del juego, pues ya no es dudoso que el arrendatario afectado por el cierre decretado por el art. 10 del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo (LA LEY 3343/2020), por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, no tiene derecho a suspender el pago de la renta por un eventual incumplimiento de la obligación del arrendador de mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento (art. 1.554.3 CC (LA LEY 1/1889)) (2) o por aplicación analógica de la suspensión prevista en el art. 26 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LA LEY 4106/1994) para el caso de inhabilitación del inmueble arrendado por obras.

Pero la moratoria prevista en el art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) es una medida temporal, restringida al período que dure el estado de alarma y sus prórrogas y a las mensualidades siguientes si fuera necesario, con un límite de cuatro meses, siendo así que en determinados sectores, es obvio que una vez levantadas las medidas de cierre o restricción la actividad de los arrendatarios tardará considerablemente más tiempo en recuperarse.

Además, la moratoria tiene un ámbito de aplicación limitado, pues sólo se aplicará cuando el arrendador sea una empresa o entidad pública o tuviera la condición de gran tenedor inmobiliario y el arrendatario, conforme dispone el art. 3 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020), fuese un autónomo o una pyme, que no supere los límites establecidos en el art. 257.1 del RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LA LEY 14030/2010), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de

Capital (LA LEY 14030/2010) y, además, su actividad hubiera quedado suspendida como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020 (LA LEY 3343/2020) o se hubiera visto reducida su facturación en, al menos, un 75 %, respecto a la facturación media mensual.

Dado este carácter temporal y parcial, surge la necesidad de plantearse cuál es la compatibilidad de la moratoria del art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) con la aplicación de la doctrina de la *Cláusula rebus sic stantibus*. Es decir, si con fundamento en la *Cláusula rebus sic stantibus* pueden los arrendatarios que no tengan derecho a la moratoria conseguir alguna medida de ajuste en su contrato de arrendamiento y si transcurridos los cuatro meses de la prórroga podría cualquier arrendatario con apoyo en la misma doctrina solicitar una medida de ajuste más prolongada en el tiempo. Y en relación a ambos supuestos, cuál es el influjo que los requisitos establecidos por los arts. 1 (LA LEY 5476/2020) y 3 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) para la moratoria temporal pueden tener en la aplicación de los difusos requisitos de la referida doctrina de la *Cláusula rebus*.

En este sentido, es conveniente distinguir dos momentos o tramos en la aplicación de la doctrina de la *Cláusula rebus*, en los que la misma se invocará por los arrendatarios con un sentido y unos efectos distintos.

En el corto plazo es de prever que la *Cláusula rebus* se invoque defensivamente por los arrendatarios que no pudieran beneficiarse de la moratoria del art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020), frente a las pretensiones de cumplimiento del pago de la renta o de desahucio formuladas por los arrendadores. Lo que en realidad se pretenderá es una suerte de aplicación analógica de la moratoria del art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) a los contratos de arrendamiento excluidos del ámbito de aplicación de dicho precepto, por lo que el éxito de esta invocación defensiva o de necesidad de la *Cláusula rebus* estará vinculada a la concurrencia de circunstancias análogas en el arrendador y en el arrendatario a las descritas en los arts. 1 (LA LEY 5476/2020) y 3 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020).

Por otra parte, en el medio o largo plazo, una vez transcurrido el período de cuatro meses al que se refiere el art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020), se invocará por el arrendatario la aplicación de la *Cláusula rebus* para ajustar la renta arrendaticia a la pérdida de valor experimentada en el bien arrendado por la depresión de la demanda sostenida en el sector de la actividad desarrollada en el local. En este segundo caso, se estará ante la aplicación de la *Cláusula rebus* en sentido estricto y el influjo de los requisitos establecidos por los arts. 1 (LA LEY 5476/2020) y 3 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) será menor.

En este trabajo, nos proponemos analizar las condiciones para la aplicación de la *Cláusula rebus* en ambos momentos.

## **II. Cláusula rebus de necesidad. la posible aplicación analógica de la moratoria del art. 1 del RD Ley 15/2020**

Los arrendatarios de un local de negocio y los arrendatarios de industria que hayan tenido el infortunio de contratar con arrendadores que no sean empresas o entidades públicas ni tengan la condición de grandes tenedores no tienen derecho a exigir al arrendador la moratoria del art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) y en virtud del absurdo e irrelevante art. 2 RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) podrán solicitar al arrendador en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del Real Decreto el referido aplazamiento, no estando el arrendador obligado a aceptarlo.

En consecuencia, en ausencia de acuerdo con el arrendador, si estos arrendatarios no pueden hacer frente al pago de la renta están incumpliendo el contrato de arrendamiento y se encuentran expuestos al ejercicio de una acción judicial de desahucio por impago de rentas. Otro tanto puede decirse de aquellos arrendatarios que, siendo el arrendador gran tenedor o no, no cumplen las condiciones del art. 3 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020).

La cuestión entonces es si para protegerse de un eventual desahucio por impago de rentas pueden estos arrendatarios invocar la *Cláusula rebus* al efecto de conseguir una moratoria de la obligación del pago de la renta, en términos similares a los del art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020). Ello choca con dos objeciones, una de índole sustantivo y otra procesal.

Desde el punto de vista sustantivo, no se puede obviar que el legislador ha querido distinguir en los arts. 1 (LA LEY 5476/2020) y 2 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020), según los arrendadores sean grandes tenedores o no y esta distinción, guste o no, no se puede obviar por el intérprete.

Por esta razón, el recurso a la *Cláusula rebus sic stantibus* como fundamento de una moratoria similar a la del art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) sólo podría estar justificado excepcionalmente en contratos de arrendamiento en los que concurriesen circunstancias subjetivas análogas a las de dicho precepto. En particular, cuando el arrendatario acreditase que el arrendador, pese a no ser un gran tenedor inmobiliario, dispone de una capacidad económica y financiera suficiente para soportar una moratoria en el pago de cuatro meses o, lo que es lo mismo, cuando haya buenas razones para que sea el arrendador quien financie al arrendatario gratuitamente en su obligación del pago de la renta durante cuatro meses y no el arrendatario, ante su falta de liquidez para pagar la renta, quien

obtenga la financiación por su cuenta, singularmente, a través de las líneas de préstamos avaladas por el estado, prevista por el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo (LA LEY 3655/2020), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (3) .

Pero el principal obstáculo para que los arrendatarios no beneficiados por la moratoria del art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) consigan un aplazamiento similar por la vía de la *Cláusula rebus* es de índole procesal, pues *a priori* carecen de un cauce procesal adecuado para obtener una resolución judicial que reconozca su derecho al aplazamiento, antes de que se haga efectivo el desahucio:

i) Es dudoso que en el procedimiento mismo de desahucio por impago de rentas los arrendatarios no beneficiados por la moratoria del art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) puedan oponer la *Cláusula rebus sic stantibus* con carácter defensivo, dado el carácter sumario y la cognición limitada de dicho procedimiento.

Según dispone el art. 444.1 LEC (LA LEY 58/2000), en la vista del juicio verbal de desahucio por impago de rentas sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación. Este precepto parece entrar en contradicción con lo dispuesto por el art. 440.3 LEC (LA LEY 58/2000), que permite que el arrendatario formule oposición en el plazo de diez días, alegando sucintamente, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada y una de estas razones podría ser ciertamente la inexigibilidad total (por efecto de una moratoria) o parcial (por efecto de una quita) de la renta, por aplicación de la *Cláusula rebus sic stantibus* (4) . No obstante, en contra de este planteamiento, se puede objetar que es el art. 440.3 LEC (LA LEY 58/2000) el que debe ser interpretado conforme al art. 444.1 LEC (LA LEY 58/2000) y no al revés, por ser la limitación de la cognición una característica esencial del juicio sumario y la razón que evita que la sentencia que vaya a dictarse sobre el desahucio produzca efectos de cosa juzgada (art. 447.2 LEC (LA LEY 58/2000)) (5) .

No tendrán este mismo problema los arrendatarios de industria para oponer defensivamente la *Cláusula rebus sic stantibus* ante una demanda de desahucio por impago de rentas, dado que este procedimiento de desahucio no ha de tramitarse por razón de la materia por el juicio verbal (el art. 250.1 LEC (LA LEY 58/2000) se refiere a los arrendamientos de fincas rústicas o urbanas), sino por el juicio que corresponda por razón de la cuantía, que normalmente será el declarativo ordinario.

ii) La posible apertura o no de la cognición del juicio verbal de desahucio al juego de la *Cláusula rebus sic stantibus* resulta también relevante en orden a admitir una posible suspensión del procedimiento de desahucio por prejudicialidad civil (art. 43 LEC (LA LEY 58/2000)), por la eventual preexistencia de un

procedimiento declarativo cuyo objeto fuera la adopción de una medida de ajuste con fundamento en la doctrina de la *Cláusula rebus*, pues si se considera que el ajuste que pudiera derivar de la aplicación de la *Cláusula rebus* es una cuestión ajena al juicio verbal de desahucio —que no produce ningún efecto de cosa juzgada— ningún efecto prejudicial puede tener la pendencia del procedimiento declarativo anterior.

iii) Por lo que respecta a la solicitud por el arrendatario en el seno de un procedimiento declarativo de una medida cautelar consistente en la suspensión temporal de su obligación de pago de renta, la principal dificultad sería salvar el requisito de la apariencia de buen derecho, pues como ya se ha dicho, la separación establecida por el RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) entre los arrendatarios que gozan de un derecho a la moratoria y los que no ejerce una influencia decisoria muy importante que para ser doblegada requiere de buenas razones.

En definitiva, si el arrendatario que no resulta beneficiado por la moratoria del art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) tiene dificultades, ya sea por razones sustantivas o procesales, para poder oponer la *Cláusula rebus* con carácter defensivo frente a una pretensión de desahucio, cabe colegir que su fuerza coercitiva en una eventual negociación con el arrendador es nula y que acude a la misma con una espada de madera.

Sin embargo, con independencia de la débil coerción jurídica que pueden ejercer estos arrendatarios sobre los arrendadores, los incentivos para el pacto serán de índole económico, pues la extinción de un contrato de arrendamiento por un desahucio será un fracaso para arrendatario y arrendador, ante la previsible dificultad de éste para encontrar un nuevo arrendatario en una situación de depresión de la demanda arrendaticia.

Por otra parte, en un intento de dotar de algún sentido a la absurda facultad concedida por el art. 2 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) al arrendatario que no tenga derecho a la moratoria de solicitar al arrendador que se la conceda voluntariamente, puede considerarse que la negativa del arrendador a tal aplazamiento, no justificada por su propia situación de dificultad económica, tenga alguna trascendencia en orden a limitar la legitimación del arrendador para entablar una acción de desahucio, cuando el retraso en el pago de la renta no sea suficientemente grave, a pesar de que en derecho español no se haya previsto, con carácter general, ninguna medida de urgencia que suspenda temporalmente los desahucios por impagos en arrendamientos de local de negocio o industria (6) . En este sentido, el desahucio supone una resolución del contrato de arrendamiento, siendo así que el concepto de incumplimiento esencial es lo suficientemente elástico como para permitir que en la valoración de la gravedad del incumplimiento, es decir, del número de rentas mensuales que ha debido



dejar de pagar el arrendatario, se tenga en cuenta tanto la concurrencia de una circunstancia de fuerza mayor que dificulta el cumplimiento puntual del arrendatario, como la mala fe del arrendador que no se ha avenido a una solución razonable pactada.

### **III. Cláusula rebus de estabilización. la aplicación de la Cláusula rebus más allá de la prórroga**

Resulta obvio que pasado el horizonte de los cuatro meses de la moratoria del art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020), aun cuando se haya puesto fin al estado de alarma y se hayan levantado las restricciones a la apertura al público de locales y establecimientos, en algunos sectores tardará todavía mucho tiempo en recuperarse un nivel de actividad semejante al de antes de la pandemia. La moratoria prevista en el art. 1 del RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020), por su temporalidad y excepcionalidad, no cercena un recurso posterior a la *Cláusula rebus sic stantibus* para conseguir un ajuste de los contratos de arrendamiento en estos sectores, siempre, claro está, que en el contrato mismo no se hubiera establecido una distribución de riesgos entre las partes (7) .

La primera cuestión que se plantea al respecto es si los requisitos para la aplicación de la moratoria del RD 15/2020 han de influir en los términos de la aplicación futura de la *Cláusula rebus* en los contratos de arrendamiento de local de negocio y de industria, tanto en su contenido (moratoria y no reducción de la renta), como en sus requisitos (arrendadores grandes tenedores y arrendatarios que sean autónomos o pymes que no superen los límites del art. Art. 257.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010 (LA LEY 14030/2010), que hayan sufrido una reducción de la facturación en al menos un 75 % con respecto a la situación precedente a la pandemia).

La respuesta ha de ser necesariamente negativa puesto que el RD 15/2020 obedece a una situación de cierre o limitación de la actividad comercial o profesional excepcional, limitada en el tiempo, que afecta transversalmente a casi todos los sectores, ante la cual se ha considerado que la medida de ajuste más adecuadas es una moratoria, circunscrita además a los supuestos en los que cabe presumir que los arrendadores tienen capacidad económica para financiar a los arrendatarios (8) .

En el medio o largo plazo, cuando la crisis económica adquiera unos matices distintos, más sectorializados y menos transversales, pero al mismo tiempo más prolongados para los sectores afectados, tanto las medidas de ajuste, como los requisitos de aplicación de la *Cláusula rebus* han de ser distintos (9) .

El problema es que hacer una mínima predicción sobre las medidas de ajuste y los requisitos de una futura aplicación de la *Cláusula rebus*, que al mismo tiempo sirviera de base firme sobre la que



entablar una negociación eficiente entre las partes, resulta ahora poco menos que imposible, porque la Jurisprudencia sobre la *Cláusula rebus* se encuentra muy desordenada.

A una corriente flexibilizadora de su aplicación, iniciada por las STS, 333/2014, de 30 de junio (LA LEY 84939/2014) y STS, 591/2014, de 15 de octubre (LA LEY 171646/2014), le ha seguido una tendencia limitadora que trata de acotar la referida doctrina, sin unos criterios que resulten precisos (10) .

Así, por lo que respecta al requisito de la imprevisibilidad, las referidas STS, 333/2014, de 30 de junio (LA LEY 84939/2014) y STS, 591/2014 (LA LEY 171646/2014), de octubre consideraron que la citada crisis, con sus particularidades en cuanto a su forma de irrupción, impacto y transcendencia, era un evento que no pudo razonablemente ser tenido en cuenta por las partes en la distribución de los riesgos propios del contrato al tiempo de su realización.

Sin embargo, las posteriores STS, 237/2015 (LA LEY 47091/2015), de 15 de enero y STS, 64/2015, de 24 de febrero (LA LEY 47081/2015) negaron que la misma crisis hubiera tenido incidencia causal en la disminución del valor de los activos inmobiliarios objeto de un contrato de compraventa, que consideraron una consecuencia natural de los flujos u oscilaciones del mercado inmobiliario. Del mismo modo, la STS, 214/2019, de 5 abril (LA LEY 37286/2019) negó la aplicación de la *Cláusula rebus* en un contrato de tracto sucesivo, en este caso, de constitución de una renta vitalicia a cambio de la cesión de un derecho legal de usufructo sobre unos activos inmobiliarios, porque el riesgo de las variaciones del mercado inmobiliario y el consiguiente envilecimiento de dichos activos era un riesgo propio de la actividad empresarial de los deudores del pago de la renta.

En cualquiera de los tres últimos casos señalados, probablemente, había buenas razones para no aplicar la *Cláusula rebus*, lo que ocurre es que las sentencias citadas no explican convincentemente por qué en esos casos no resulta de aplicación la *Cláusula rebus* y sí por el contrario en los casos del arrendamiento de un espacio para publicidad (STS, 333/2014, de 30 de junio (LA LEY 84939/2014)) o del arrendamiento de un establecimiento hotelero (STS, 591/2014, de 15 de octubre (LA LEY 171646/2014)). Razones que probablemente tengan que ver con el carácter especulativo o aleatorio de los contratos realizados y, en el caso de los contratos de compraventa de inmuebles, con la posible recuperación futura del valor de los activos mientras permanezcan en el patrimonio del comprador.

Pero no sólo eso, si atendemos al segundo de los requisitos tradicionales de la aplicación de la *Cláusula rebus*, el del desequilibrio exorbitante de las prestaciones o, en la versión moderna, el de la excesiva onerosidad sobrevenida, hoy no se sabe a ciencia cierta si la Jurisprudencia concibe la *Cláusula rebus* como un instrumento de reequilibrio de la conmutatividad inicial de las prestaciones del contrato,

destrozada por el acaecimiento de una circunstancia sobrevenida (perspectiva, desde la que lo importante sería que se hubiera producido un incremento de los costes de la prestación para una de las partes o una disminución del valor de la contraprestación que recibe) o si se concibe como un mecanismo de reparto solidario o de traslación de pérdidas de la parte que las sufre a la parte que está en mejores condiciones para soportarla (en cuyo caso, el acento se pone en las pérdidas sufridas por una de las partes, en la incapacidad de quien las sufre para soportarlas y en la mayor salud económica de la otra parte) o si es una combinación de ambos enfoques.

Finalmente, tampoco las STS, 333/2014, de 30 de junio (LA LEY 84939/2014) y STS, 591/2014, de 15 de octubre (LA LEY 171646/2014) han establecido criterios claros con arreglo a los cuales determinar cómo reestablecer el equilibrio de la renta en contratos de arrendamiento, más allá de admitir que la fijación de la nueva renta tenga una limitación temporal, ajustada a la afectación previsible de las circunstancias excepcionales sobre el contrato.

Siendo así las cosas, pese a que resulta incuestionable el carácter impresivible de la pandemia de Covid-19, la eventual aplicación de la *Cláusula rebus*, en el medio y largo plazo a los contratos de arrendamiento de local de negocio y de industria por el acaecimiento de la pandemia, presenta incertidumbres tanto en el plano de la determinación de cuando existe una excesiva onerosidad sobrevenida, como en el de la fijación de la nueva renta reducida.

### **1. La excesiva onerosidad sobrevenida**

Desde un punto de vista estrictamente contractual, la excesiva onerosidad sobrevenida es la alteración grave del valor de intercambio de las prestaciones que existía al tiempo de realizarse el contrato (11) . Esto puede deberse a un incremento del coste de realización de la prestación para una de las partes o, en sentido contrario, a la disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida. Así definen la excesiva onerosidad el art. 6.111 de los European Principles of Contract Law (en adelante PECL), el art. III-1.110 del Draft Common Frame of Reference (en adelante DCFR) o el art. 6.2.2 de los Principios Unidroit (en adelante PU).

Existe un envilecimiento claro de la prestación recibida por el arrendatario en caso de disminución de la renta de mercado de bien arrendado, por comparación con los nuevos contratos de arrendamiento de locales o industrias de la misma naturaleza realizados después del acaecimiento de la circunstancia imprevisible. Un envilecimiento puede existir también cuando descienda el rendimiento de la actividad realizada en el local, siempre y cuando este descenso sea sectorial y no sólo particular del arrendatario, pues como dispuso la STS, 64/2015, de 24 de febrero (LA LEY 47081/2015), es necesario

acreditar la incidencia que el evento imprevisible ha tenido en el contrato concreto, por lo que ninguna relevancia debería tener a efectos de aplicación de la *Cláusula rebus* un descenso de rendimientos que se debiera a una mala gestión del arrendatario o a una peor adaptación que sus competidores al cambio de circunstancias

Centrándonos en la magnitud de esta pérdida de valor de la prestación recibida por el arrendatario, la STS 591/2014 de 15 de octubre (LA LEY 171646/2014) consideró suficiente la caída del rendimiento medio por habitación en el sector hotelero y en la misma ciudad de un 42 %. En este sentido, el art. 1.575 CC (LA LEY 1/1889), para los supuestos de fuerza mayor en contratos de arrendamientos rústicos, entre los que cita la peste, atribuye al arrendatario un derecho a la disminución de la renta en caso de pérdidas de más de la mitad de los frutos (12) . De aplicarse este último criterio por analogía, la caída de rendimiento sectorial debería rondar el 50 % anual, puesto que la generación de frutos en los contratos de arrendamiento rústico es por naturaleza anual.

Pero más allá de cuál haya de ser la magnitud del desequilibrio sobrevenido en la relación de intercambio, surge la cuestión de si la aplicación de la *Cláusula rebus* requiere además de este desequilibrio del valor de las prestaciones, tener en consideración las circunstancias subjetivas de las partes, en el sentido de cuál de ellas está en mejor situación para amortiguar el impacto de las pérdidas, de manera similar a lo que exige el RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) para la aplicación de la moratoria al delimitar su ámbito de aplicación subjetivo por lo que respecta al arrendador (art. 1) y al arrendatario (art. 3). Así entendida, la *Cláusula rebus* no sería un instrumento de restablecimiento de la conmutatividad inicial del contrato, adaptada a las nuevas circunstancias, sino un mecanismo de justicia distributiva que reparte las pérdidas entre las partes en función de la capacidad económica y financiera de cada una de ellas.

Esta es una cuestión clave, por ejemplo, en los supuestos en los que siendo clara la pérdida de valor de la prestación que recibe el arrendatario en un contrato de arrendamiento concreto por un descenso importante de la facturación de la actividad por él realizada en ese local, así como de la facturación media en el sector en ese lugar, sin embargo, el resultado global de la actividad del arrendatario en el conjunto de su negocio sea positivo, bien porque la explotación de su mismo negocio se haya visto menos afectada por la pandemia en otros territorios, bien porque otras de sus líneas de negocio hayan reaccionado mejor. Pensemos además que el arrendador pueda ser un pequeño propietario, que no tiene la condición de gran tenedor, y que la renta de alquiler supone su fuente principal de ingresos.

La respuesta a esta cuestión por la Jurisprudencia española es confusa y contradictoria. Por un lado, la STS, 591/2014, de 15 de octubre (LA LEY 171646/2014) dijo aplicar la *Cláusula rebus* en un sentido

objetivo, ceñido exclusivamente a la grave alteración del valor de intercambio de las prestaciones, y afirmó con rotundidad que, *«el resultado negativo para el arrendatario debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc»*.

Pero de manera contradictoria, la misma STS 591/2014 de 15 de octubre (LA LEY 171646/2014), justifica la aplicación de la *Cláusula rebus* por la concurrencia de un resultado reiterado de pérdidas en el negocio global del arrendatario (3.000.000 de euros entre 2005 y 2009), en comparación con el balance general positivo de la empresa arrendadora (750.000 euros para el mismo período) (13) . Efectúa así la sentencia una valoración sobre las circunstancias subjetivas de las partes que es extraña a la conmutatividad del contrato.

En esta línea, si bien, al menos, con el mérito de hacerlo de manera más explícita, la STS 19/2019 de 15 de enero (LA LEY 418/2019), también en relación a un contrato de arrendamiento de un establecimiento hotelero, consideró que no resultaba de aplicación la *Cláusula rebus* al caso —entre otras razones— porque el resultado global del conjunto de la actividad de la empresa hotelera arrendataria como gestora de una cadena de hoteles resultó favorable.

En consecuencia, la Jurisprudencia precedente confunde el análisis de la pérdida del valor de la prestación recibida por el arrendatario, con cuestiones distintas, como la viabilidad del negocio del arrendatario o su dificultad económica para cumplir e incluso con la valoración de la situación económica del arrendador.

Y con ello no queremos decir que la situación subjetiva de las partes no sea un elemento que se pueda tomar en consideración en el juicio de equidad y razonabilidad que implica la aplicación de la doctrina de la *Cláusula rebus*, pero creemos que sería conveniente clarificar conceptos: la pérdida del equilibrio o de la conmutatividad contractual inicial, como requisito secular de aplicación de la *Cláusula rebus*, es una cosa; la viabilidad del negocio del arrendatario, su balance económico global o la situación económica y financiera del arrendador, nada tienen que ver con ello. Corresponde al Tribunal Supremo establecer claramente la forma en la que combina estos elementos, pero no confundirlos.

Si en esta tarea recurrimos al auxilio de los textos de derecho comparado o a los de «soft law» que recientemente han positivizado la *Cláusula rebus*, aquellos parecen adoptar un enfoque que, si bien presupone la alteración grave del valor de intercambio de las prestaciones que existía al tiempo de realizarse el contrato, permite, cumulativamente, efectuar una valoración más amplia de otras

circunstancias, con fundamento en la equidad o en la razonabilidad, entre ellas, las subjetivas de ambas partes. Así, el art. 313 BGB exige tener en cuenta todas las circunstancias del caso específico («*unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls*»); el art. 6:111 PECL se refiere a la distribución de «*forma equitativa y justa*» de las pérdidas y ganancias; y, en un sentido similar, el art. 1:110 DCFR a una variación de la obligación «*razonable y equitativa*». También hace referencia a la idea de razonabilidad el art. 6.2.3 (4) de los Principios Unidroit y a una oferta de modificación equitativa del contrato el art. 1.467 Codice civile.

Igualmente, el concepto de buena fe (art. 7.1 (LA LEY 1/1889) y 1.258 CC (LA LEY 1/1889)), en el que se fundamenta la aplicación de la *Cláusula rebus* en derecho español, permitiría efectuar una valoración de las condiciones subjetivas de las partes que, o bien excluyera la aplicación de la *Cláusula rebus*, siempre que no resultase acreditado que la parte que inicialmente soporta la pérdida de valor de la prestación se encuentra en una especial situación de dificultad económica con respecto a la otra; o bien, de manera más matizada, permitiera modular los términos de la novación judicial de la renta, en función de la capacidad económica y financiera de ambas partes.

## 2. La fijación de la nueva renta reducida

Ni la STS, 333/2014, de 30 de junio (LA LEY 84939/2014), ni la STS, 591/2014, de 15 de octubre (LA LEY 171646/2014) han establecido criterios precisos para establecer la fijación de la nueva renta en aplicación de la *Cláusula rebus*, una vez constatada la concurrencia de los requisitos de la misma.

La STS, 333/2014, de 30 de junio (LA LEY 84939/2014), acreditado en el caso un descenso de facturación sectorial de la inversión en publicidad en medios de transporte en la Comunidad Valenciana de un 67,62 % (recordemos que el objeto del contrato era el arrendamiento de espacios publicitarios en el exterior de autobuses de la Empresa Municipal de Transporte de Valencia) y un descenso concreto de los ingresos de la entidad arrendataria por la gestión de estos espacios publicitarios de entre el 35 y el 45 %, consideró conforme el ajuste de la renta efectuado por la sentencia de primera instancia, que la situó sin que se sepa muy bien por qué en un 80 % de la facturación neta de la empresa arrendataria, con un límite mínimo de 100.000 € mensuales, siendo así que el canon mensual pactado en el contrato ascendía a 244.000 € mensuales.

Por su parte, la STS, 591/2014, de 15 de octubre (LA LEY 171646/2014) habiéndose constatado en el caso unas pérdidas del rendimiento medio por habitación en el sector hotelero en el mismo lugar del 42 %, consideró ajustada la reducción del 29 % solicitada en el «*petitum*» de la demanda,

manifestando que tal reducción propuesta era incluso corta si se tenía en cuenta la renta de mercado actual.

Siendo el objeto del contrato el arrendamiento de un local de negocio o de industria, el método más objetivo para reestablecer el equilibrio contractual es tomar como referencia la renta media de mercado de un local o de un establecimiento de las mismas características, en un momento posterior al cambio de circunstancias, en el que la renta de mercado se haya ajustado ya a esas nuevas circunstancias. Esa nueva renta media podría modularse al alza o a la baja en la misma proporción que mantuviera la renta inicial pactada con la renta de mercado entonces existente.

Utilizar como parámetro para el ajuste de la renta las pérdidas sufridas por el arrendatario se antoja una solución más arbitraria. En cualquier caso, las pérdidas que se tomaran como referencia deberían ser las sectoriales y no las particulares del arrendatario, si bien, en todo caso, la pérdida del arrendatario debería operar como límite máximo, para evitar un enriquecimiento injusto derivado de trasladar al arrendador pérdidas en un porcentaje superior al de las realmente sufridas. Pero cuantificadas estas pérdidas en un porcentaje, no deberían ser trasladadas íntegramente del arrendatario que las sufre inicialmente al arrendador, pues no existe ninguna razón por la cual un descenso de facturación, que por esencia se ha debido a una causa imprevisible y ajena al ámbito de control de ambas partes, deba cargarse en exclusiva sobre los hombros del arrendador.

En tal caso, el ajuste de la renta debería hacerse en términos equitativos y razonables (art. 6:111 PECL y art. 1:110 DCFR), sin que necesariamente debiera acogerse una regla de reparto del 50 % sobre el porcentaje en el que se ha expresado aquella pérdida, pudiendo tener un amplio margen el juzgador para valorar, entre otras circunstancias, la situación económica y financiera de ambas partes (14) .

Por otra parte, como la novación del contrato en aplicación de la *Cláusula rebus* ha de estar acotada al lapso temporal en el que el cambio de circunstancias afecte al contrato concreto, la correcta formulación de la pretensión de ajuste solicitada requiere realizar una predicción acerca de la afectación futura que la depresión económica post pandemia tenga sobre la actividad que se realice en el local, lo que dependerá de un cúmulo de variables que difícilmente podrán acreditarse pericialmente en un estadio temprano de la crisis.

En consecuencia, las primeras demandas que se interpongan en aplicación de la *Cláusula rebus* serán necesariamente de peor calidad y, paradójicamente, pueden resultar mejor protegidos por la *Cláusula rebus* aquellos arrendatarios que por su mayor capacidad financiera para resistir no hayan tenido que

acudir de inmediato, defensivamente, a este recurso, teniendo en cuenta además que por el efecto preclusivo del art. 400.2 LEC (LA LEY 58/2000), la *Cláusula rebus* probablemente sea un recurso disponible sólo una vez.

(1)

Como han puesto de manifiesto en un artículo esencial *Ganuza, J. J. y Gómez Pomar, F.* «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *Revista Indret*, 2/2020, págs. 561 y 562.

(2)

Tesis que ha sido sostenido en la doctrina civilista por el profesor Carrasco, para quien de acuerdo con los arts. 1.543 (LA LEY 1/1889) y 1.554 CC (LA LEY 1/1889), la obligación del arrendador es la de garantizar la posesión «útil» del arrendatario, esto es, la normal explotación del negocio realizado en el local, de donde derivaría la imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de su obligación mientras hubieran estado en vigor las medidas de cierre al público de los locales y establecimientos dictadas por el Real Decreto 463/2020 (LA LEY 3343/2020) y, como colorario, la consiguiente extinción de la obligación recíproca del arrendatario de pagar la renta, mientras durase aquel cierre *Carrasco Perera, A.*, «Permítame que le cuente la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor», CESCO, abril 2020. En un sentido similar, *Orti Vallejo, A.* «Apunte sobre la suspensión de la obligación de pago de la renta de los locales de negocio a los que les ha sido prohibida la apertura de sus establecimientos como consecuencia de la declaración del estado de alarma por el COVID-19», CESCO, marzo 2020, si bien matizando que el arrendador tendría derecho a recibir un pago parcial de la renta proporcional a otros usos que del local pudiera haber hecho el arrendatario durante su cierre al público y *García Vicente, J. R.*, «Desde mi encierro I y II» en el blog de la asociación de profesores de Derecho Civil (<http://www.derechocivil.net/>). En contra de este planteamiento, *Pantaleón Prieto, F.*, «Arrendamiento de local de negocio y suspensión legal de actividades empresariales», en *Almacén de Derecho*, 23 abril 2020.

(3)

El peligro de una interpretación extensiva de la moratoria arrendaticia ha sido puesto de manifiesto por *Ganuza, J.J. y Gómez Pomar, F.*, «Los instrumentos...», op. cit., pág. 568, para quienes «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».

(4)

Las dudas referidas sobre la oposición de la *Cláusula rebus* por el arrendatario en el juicio de desahucio se disiparían si se hubiera acogido la propuesta 4ª, formulada por el Consejo General del Poder Judicial en sus propuestas de medidas urgentes para la administración de justicia de 20 de abril de 2020, de modificación del art. 444.1 LEC (LA LEY 58/2000), en el sentido de admitir al demandado en el juicio verbal de desahucio alegar y probar la imposibilidad de cumplimiento o desequilibrio sobrevenido de prestaciones contractuales, siempre que tales circunstancias vengan motivadas por la situación de crisis sanitaria generada por la evolución del COVID-19. No obstante, dicha propuesta no ha sido incluida en el RD Ley 16/2020, de 28 de abril (LA LEY 5843/2020), de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

(5)

*Arsuaga Cortázar, J.*, Comentario al art. 440 LEC (LA LEY 58/2000), en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000)* (Dir. Marín Castán), Valencia, 2015, Ed. Tirant lo Blanch.

(6)

*Ganuza, J.J. y Gómez Pomar, F.*, «Los instrumentos...», op. cit., pág. 573 han señalado la conveniencia de que en España se hubiese decretado alguna suspensión temporal de los desahucios arrendaticios también respecto de los locales de arrendamiento de negocio que evitase la extinción precipitada de contratos de arrendamiento de viable continuidad y advierten que la suspensión de los plazos procesales decretada por la Disp. Adi. 2ª del RD 463/2020 (LA LEY 3343/2020), no es suficiente al respecto, pues «simplemente supone un retraso en el reflejo procesal, pero no evita la decisión sustantiva de resolución».

(7)

Tal sentido atribuyó la STS, 19/2019, de 15 de enero (LA LEY 418/2019) a la cláusula que en un contrato de arrendamiento de un edificio para su explotación hotelera establecía que la renta

se componía de una cantidad fija mínima, junto a una cantidad variable dependiente de los ingresos de la explotación, lo que demostraba que la arrendataria, fuesen cuales fuesen las circunstancias acaecidas, se comprometía a satisfacer aquella renta mínima.

(8)

*Pantaleón Prieto, F.*, «Arrendamiento de local de negocio..», op. cit. ha destacado que la regulación que se ha instaurado en el RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020), se separa de la doctrina de la cláusula «*rebus sic stantibus*» con claridad, en cuanto refleja una lógica redistributiva de ayuda a los arrendatarios típicamente más débiles, sin sacrificar a los arrendadores típicamente más débiles, que es extraña a la lógica de justicia o equidad conmutativa característica de la referida doctrina.

(9)

*Pantaleón Prieto, F.* Arrendamiento de local de negocio.., op. cit. ha advertido que la regulación de la moratoria prevista en el RD Ley 15/2020 (LA LEY 5476/2020) tendrá un influjo decisivo en la aplicación judicial de la *Cláusula rebus*, a no ser que las características del caso concreto que se presente ante el tribunal difieran palmariamente, por la evolución futura de la pandemia y/o del sector económico del que se trate, de las que razonablemente pudo contemplar el citado Real Decreto.

(10)

Coincido, no obstante, con la apreciación efectuada por *Cabrera Padrón, C.*, «El arrendamiento de los locales de negocio en la crisis del coronavirus: la *Cláusula rebus sic stantibus* un invitado que ha llegado para quedarse», Diario la Ley, N.º 9631, 13 de mayo de 2020, de que no todas las sentencias que han rechazado la aplicación de la *Cláusula rebus* no suponen una quiebra de aquella doctrina flexibilizadora, sino que suponen una mera matización de la misma. Así, no están en línea de contradicción con dicha doctrina la STS 5/2019 de 9 de enero (LA LEY 86/2019) consideró que no es de aplicación la doctrina de la «*Cláusula rebus sic stantibus*» a los contratos aleatorios, en los que la contraprestación que se recibirá depende de circunstancias inciertas y en los que existe por lo tanto un riesgo intrínseco de pérdidas o ganancias; la STS 452/2019 de 18 de julio (LA LEY 103887/2019), que consideró que los riesgos de las modificaciones legislativas que puedan suponer una frustración de la finalidad económica del contrato (en el caso concreto, el arrendamiento de una planta fotovoltaica, cuya

rentabilidad se ve comprometida por el cambio en el marco regulatorio de la energía solar) son previsibles y asumidos por tanto por las partes; o la reciente STS 791/2020 (LA LEY 56737/2020) de 6 de marzo, que dispuso que la aplicación de la «*Cláusula rebus sic stantibus*» es más probable que se dé en un contrato de larga duración, mientras que en un contrato de corta duración, difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato, si bien esta última sentencia censuró expresamente que la doctrina de la *Cláusula rebus* se había aplicado precedentemente con excesiva amplitud.

(11)

Lo explica muy bien Carrasco Perera, A., «Al fin la madre de todas las batallas del Covid 10: *Rebus sic stantibus*. Con ocasión de una reciente propuesta institucional», CESCO, 22 de mayo de 2020, pág. 4 cuando dice que la ejecución no se hace excesivamente onerosa cuando el deudor no puede pagarla, pues «lo oneroso es calidad del sinalagma, no del bolsillo del deudor».

(12)

Sobre la conveniencia de adoptar para los arrendamientos de local de negocio una solución similar a la del art. 1.575 CC (LA LEY 1/1889), Cuenca Casas, M., «Pandemia por Coronavirus y contratos de arrendamiento. Propuestas de solución», Hay Derecho, Expansión, 26 de marzo de 2020.

(13)

Según dispone la STS, 591/2014, de 15 de octubre (LA LEY 171646/2014) «los hoteles de la cadena Accor (Novotel e Ibi) presentan unas pérdidas acumuladas cercana a los tres millones de euros en el período 2005-2009, frente al balance positivo de la empresa arrendadora, en torno a los 750.000 euros para el mismo período objeto de valoración.»

(14)

Aclaración bibliográfica: escribo este artículo cuando todavía no tengo acceso a la biblioteca de mi Facultad por las restricciones de movilidad impuestas por las sucesivas prórrogas del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo (LA LEY 3343/2020). De haber tenido acceso, no habría escrito este artículo sin haber leído y citado, al menos, las

siguientes obras: *Espín Alba, I. Cláusula rebus sic stantibus e interpretación de los contratos: ¿y si viene otra crisis?*, Ed. Reus, Madrid, 2019; *Orduña Moreno, F.J y Martínez Velencoso, L., La moderna configuración de la cláusula «Rebus sic stantibus»: (tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura)*, Ed. Civitas, Madrid, 2017; *García Caracuel, M., La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014; *Amunátegui Rodríguez, C., La Cláusula rebus sic stantibus*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.