



Roj: **AJPI 16/2020 - ECLI: ES:JPI:2020:16A**

Id Cendoj: **46250420012020200001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/2020**

Nº de Recurso: **505/2020**

Nº de Resolución: **256/2020**

Procedimiento: **Medidas cautelares previas**

Ponente: **JUAN LUIS DE LA RUA NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO UNO

VALENCIA

Procedimiento: Medidas Cautelares previas a la interposición de demanda

505/2020

NIG: 46250-42-1-2020-0014941

Parte demandante: Iberstreet S.L.

Procurador: D. Jesús Rivaya Martas

Parte demandada: Atom Hoteles Iberia S.L.

Procurador: Dña. Elena Gil Bayo

A U T O Nº 256/20

En Valencia, a 25 de junio de junio de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Por el Procurador Sr. Rivaya Martos, en nombre y representación de Iberstreet S.L., se ha solicitado la adopción de medida cautelar para asegurar la efectividad de la pretensión a ejercitar en la demanda que se propone promover frente a Atom Hoteles, S.L.

De dicha solicitud se dio traslado a la referida demandada, habiéndose convocado a las partes a la celebración de la vista prevista en la ley, que tuvo lugar, con presencia de todas ellas, el 22 de junio 2020 en los términos que constan en la grabación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De lo dispuesto en los artículos 726, 727 y 728 de la LEC se desprende que, para que proceda la adopción de medidas cautelares, se requiere que la medida solicitada sea alguna de las previstas en el artículo 727 de la LEC o cualquier otra, siempre que reúna las características señaladas en el artículo anterior, 726, y en todo caso, que la medida resulte idónea y congruente con la pretensión cuya efectividad se quiere asegurar; que la parte solicitante acredite el peligro de mora procesal, es decir, el riesgo en la efectividad de la tutela judicial que en su día pudiera otorgarse; que también acredite, sin que ello prejuzgue el fondo del asunto, una apariencia de buen derecho, es decir, un juicio indiciario de la existencia del derecho reclamado; y que en la solicitud se ofrezca caución suficiente para responder de forma rápida y eficaz, de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse.

SEGUNDO.-La medida cautelar solicitada consiste en que se acuerde un aplazamiento del 50% de la renta mínima mensual pactada en el pacto tercero de la adenda al contrato, que liga a ambas partes, de



arrendamiento de industria de 4 de julio de 2011, suscrita en fecha 26 de octubre de 2017, desde la mensualidad de junio -tal y como se concretó en el acto de la vista al aludirse a haber sido abonada ya la renta del mes de mayo- y hasta que recaiga sentencia en el procedimiento principal; y, subsidiariamente, que se acuerde la suspensión de la ejecutividad del aval bancario a primer requerimiento por importe de 550.000 euros que entregó la actora a la demandada en garantía singularmente del pago de la renta del contrato de arrendamiento.

La acción principal que se anuncia versará, según el hecho primero del escrito rector, sobre la modificación del referido contrato de arrendamiento de industria al amparo de la doctrina referida a la cláusula rebus sic stantibus, concretamente en relación con una reducción de la renta del arrendamiento.

Por lo que respecta al *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, cabe traer a colación la STS de 9 de enero de 2019, que recopila la doctrina de nuestro Alto Tribunal sobre la figura, según la cual "como resume la sentencia del pleno de esta sala 820/2012, de 17 de enero de 2013, la cláusula rebus sic stantibus [estando así las cosas], próxima en su fundamento a los arts. 7 y 1258 CC, trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o de las circunstancias concurrentes a1 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 tracto 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); *eccesiva onerosità sopravvenuta* en el Código civil italiano (LEC 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 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 CC 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 hubieran 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".

Pues bien, a priori, y sin prejuzgar el fondo del asunto, que obviamente quedará sujeto a la prueba plenaria que se practique en el procedimiento principal, en este caso resultan indicios suficientes sobre los requisitos para posibilitar aplicar la citada regla. Resulta notorio que la crisis derivada de la actual pandemia por COVID' 19 no era previsible. Igualmente, se ha producido una situación que ha afectado de manera extraordinaria, inmediata e intensa a la situación económica de la parte actora. Basta con atender a que en virtud del **Real Decreto** 463/2020 de 14 de marzo se declaró el estado de **alarma**, con el confinamiento de la población, suspendiéndose las actividades de hostelería y restauración, pudiendo prestarse exclusivamente servicios de entrega a domicilio. Por Orden SND/257/2020 de 19 de marzo se declaró la suspensión de apertura al público de establecimientos de alojamiento turístico, objeto en este caso de la industria objeto de arrendamiento, con el cierre de los mismos en cualquier caso en los siete días naturales desde la entrada en vigor de la norma si subsistían clientes alojados. Por otro lado, con el plan de desescalada, si bien se permitió la apertura progresiva de dichos establecimientos en un primer momento, desde el 11 de mayo de 2020 respecto a un máximo del 50% de las terrazas de los bares y restaurantes; posteriormente desde el 8 de junio de 2020, conforme al **Decreto** 3/2020 de la Presidencia de las Islas Baleares, se facultó a la reapertura al público de las zonas comunes de los hoteles y alojamientos turísticos con el límite del 65 % de su aforo; y por y, por último, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares del 19 de junio de 2020, publicado en fecha 20 de junio de 2020, se aumenta dicho porcentaje al 75%- no puede obviarse que las restricciones de movilidad entre regiones ha impedido hasta al menos al alzamiento del estado de **alarma** el día 21 de junio de 2020, que pudieren acudir al mismo clientes, teniendo en cuenta el fin eminentemente turístico del hotel explotado, tal y como resulta de la documental aportada, al tiempo que tampoco se ha posibilitado actualmente la llegada ordinaria del turismo extranjero, con las fronteras cerradas hasta previsiblemente final de mes, sin que el corredor turístico que se implementó por la Orden del Ministerio de Sanidad 518/2020, por su carácter especialmente limitado y parcial, como programa piloto, haya permitido razonablemente la apertura viable del hotel en cuestión. Ello ha supuesto la disminución sustancial de ingresos, o incluso la ausencia total de los mismos, durante casi 4 meses, lo cual, teniendo en cuenta además que la recuperación de la llegada de turistas no se va a producir súbitamente sino que, conforme a las previsiones macroeconómicas de afectación a la economía en general, razonablemente será lenta y gradual, y que la temporada de apertura del hotel, por el fin turístico al que está destinado, es hasta octubre, tal y como se deduce de las declaraciones del modelo 303 de IVA aportadas, tal circunstancia va a motivar cuanto menos que la presente temporada resulte en altísimo grado frustrada, impidiendo con ello o dificultando gravemente el abono de la renta en la forma pactada.

Por otro lado, y no obstante lo anterior, se alega por la demandada que el riesgo aludido ya fue en su día asumido por la propia actora, al pactar una renta mínima mensual, al margen de otra parte variable -en concreto, en los términos del contrato (doc. 5 de la demanda), la renta se fija en el porcentaje del 18 % aplicado sobre la base de facturación del hotel, sin perjuicio de lo cual, si la cantidad resultante de aplicar dicho porcentaje es inferior a 1.000.000 euros, la renta quedará fijada para ese periodo anual en dicha cantidad de 1.000.000 euros. Ahora bien, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el desarrollo de la figura, concluye en 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 la no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero); o que 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); ello, sin embargo, no significa que el mero hecho de establecer una renta mínima suponga implícitamente la asunción por parte del arrendatario de cualquier riesgo, sea de la naturaleza y consecuencias que sean. Evidentemente, la referida distinción implica la asunción tácita de los riesgos ordinarios del negocio, incluso, llegando al extremo, de los derivados de las crisis generadas por los distintos ciclos periódicos económicos, pero en cualquiera de los casos, en ningún momento, al tiempo de contratar, previó o pudo prever, en orden a tal asunción, tal riesgo generado por una pandemia mundial de la magnitud y virulencia generada, con confinamiento general de las personas, como tampoco podría haber asumido con tal forma de pago, en términos razonables, el riesgo de un conflicto armado, por ejemplo.



Finalmente, en relación con la apariencia de buen derecho, se opone la demandada alegando el art. 2 del RDL 15/2020, que prevé para el caso de las PYMES una moratoria legal automática en el pago de las rentas, incluso hasta octubre de 2020, por el que entiende que no resulta de aplicación la figura analizada cuando el propio legislador ha dotado de una herramienta expresa para subsanar el desequilibrio patrimonial causado, del que dice no ha hecho uso la demandada, prefiriendo otra medida distinta como es la reducción de la renta. Por su parte, la demandante alega, ya en su escrito de demanda, que no cumplía con los requisitos legales previstos para acogerse a tal beneficio, motivo por el que dice interpone la demanda. En concreto, el art. 3 del referido RDL prevé, "en caso de contrato de arrendamiento de inmueble afecto a la actividad económica desarrollada por una pyme: a) Que no se superen los límites establecidos en el artículo 257.1 del **Real Decreto** Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital", requisito que dice la demandante no cumplir. Los límites indicados por referencia a ese otro precepto son: a) Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros; b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros; y c) que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea u superior a cincuenta. Al respecto, la demandada aportó copia de las cuentas anuales de la demandante del ejercicio 2018, últimas presentadas en el Registro Mercantil, en la que se presenta la misma como una Pyme haciendo uso del formato abreviado contable previsto para las Pymes. Ahora bien, conviene atender a las cifras del balance, según las cuales tanto las partidas del activo superan los 2.850.000 euros, alcanzando la cifra de 4.827.091,85 euros; como igualmente el importe neto de la cifra anual de negocios supera los 5.700.000 euros, alcanzando la suma de 6.290.150,65 euros. Con ello se evidencia que supera los límites previstos en el referido art. 257.1 del **Real Decreto** Legislativo 1/2010, que haría inviable la aplicación del art. 2 del RDL 15/2020, siendo que el hecho de que se pudieran presentar en el 2018 con el formato abreviado previsto para las Pymes lo es porque, conforme al indicado precepto, así se permitía tal presentación de cuentas perdiendo esa facultad "si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere", lo que ante las cifras comparativas de los ejercicios 2017 y 2018 que se reflejan en dichas cuentas anuales, tendrá lugar en el ejercicio 2019, al superar también en el ejercicio 2017 los referidos límites, alcanzando las partidas del activo la suma de 2.833.559,24 euros, y la partida de importe neto de la cifra anual de negocios la cuantía de 5.753.578,99 euros - sumando con ello los dos años consecutivos -, cifras que resultan por otro lado, coherentes con la declaración de IVA del ejercicio 2019, que confirma el mantenimiento de las cifras de negocio. Ante tal situación, en consecuencia, y en ausencia de otra prueba, no cabe estimar la oposición planteada sobre dicho extremo.

Por otro lado, el requisito del periculum in mora viene íntimamente relacionado con la exposición de la situación que da lugar a la valoración del fumus boni iuris, ya que todos esos elementos hacen pensar que la no adopción de la medida podría comprometer de manera importante la supervivencia de la parte actora, por cuanto que la dilación que se produzca con el procedimiento principal, en las condiciones tan precarias en que ha quedado la demandante, conforme se exponía - que razonada y razonablemente dificultarían o impedirían el pago de la renta en la forma pactada- permitiría la posibilidad de resolver el contrato y ejecutar las garantías en caso de no cumplir tales ratios o plazos, haciendo ilusoria lo que ulteriormente pudiere resolverse en caso de estimarse la demanda anunciada. En definitiva, persiguiendo la medida cautelar exclusivamente hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, conforme prevé el art. 726.1.1º LEC, en el sentido de evitar, por haber podido quedar resuelto el contrato previamente durante la pendencia del proceso, por impagos, considerando la reiterada situación extraordinaria de precariedad, es por lo que se considera especialmente idónea la medida interesada del aplazamiento del pago del 50% de la renta mínima mensual pactada a partir del mes de junio de 2020 hasta el dictado de la Sentencia, si bien estimándola parcialmente, debido a que las circunstancias que limitan el efectivo ejercicio de la industria no son permanentes en el tiempo, por lo que deberá limitarse a las generadas durante la presente temporada que ha quedado en gran parte frustrada, como así se exponía, manteniéndose el aplazamiento de las rentas generadas a partir del próximo mes de marzo de 2021, en que comenzará la nueva temporada hotelera, únicamente en el caso de que subsistan las actuales restricciones legales de aforo y de acceso en frontera a turistas europeos, principales clientes del hotel, puesto que, alzadas tales restricciones y en ausencia, se estima, de manera razonable e indiciaria, y sin prejuzgar el fondo del asunto, que quedará como se decía a la prueba plenaria que se practique, que se hallará en condiciones, desde el principio mismo de la nueva temporada, de asumir el riesgo ordinario previsto al pactar la forma de pago antes analizada, sin considerar por ello en tales eventuales nuevas circunstancias un fumus boni iuris y un periculum in mora en grado suficiente como para mantener la medida cautelar excepcional respecto de esas nuevas rentas generadas.

TERCERO.-Por lo que respecta a la cuantía, forma y plazo de la caución exigible, atendiendo a la disminución de ingresos que asimismo supondrá para la parte demandada, y que dicha medida, en caso de ser desestimada finalmente la demanda, habría impedido la resolución contractual en su tiempo ordinario, obligando a dilatar la eventual acción de resolución contractual y eventual lanzamiento que hubiere tenido en otro caso, a todo lo que dure el procedimiento, se estima procedente que ascienda a la suma de 500.000 euros, comprendiendo



en tal estimación 450.000 euros de la renta aplazada hasta el inicio de la temporada que viene, entendiendo que tal plazo sería razonable para que estuviere resuelto el pleito, junto con otros 50.000 euros calculados para intereses y otras eventuales dilaciones del procedimiento, al tiempo que es de esperar que las repetidas restricciones de aforo y entrada de extranjeros en España no subsistan en el indicado mes de marzo de 2021; y siendo que con ello, de desestimarse la acción, se restituiría inmediatamente los perjuicios ahora irrogados a la sometida a la medida. Tal fianza, conforme a lo previsto en el art. 529.3 LEC, al que se remite el art. 728 LEC, deberá prestarse en el plazo de 30 días, o bien en efectivo, o bien mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca.

CUARTO.- Procede, por último, señalar que si bien las medidas cautelares deben solicitarse, como regla general, junto con la demanda principal como indica el artículo 730.1 de la LECn, el mismo precepto en el apartado siguiente permite que puedan solicitarse previamente a la demanda cuando la parte solicitante alegue y acredite razones de urgencia o necesidad, que se estima concurren en el presente caso en atención a la situación extraordinaria inmediata e imprevisible sufrida; si bien, como establece el mismo precepto la parte solicitante deberá presentar la demanda dentro de los veinte días siguientes a la adopción de la medida.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE lo solicitado por el procurador Sr. Rivaya Martas, en nombre y representación de Iberstreet S.L., ACUERDO, como medida cautelar, el aplazamiento durante la tramitación del procedimiento del pago del 50% de la renta mínima mensual pactada en el pacto tercero de la adenda al contrato, que liga a la referida solicitante y la demandada Atom Hoteles Iberia S.L., de arrendamiento de industria de 4 de julio de 2011, suscrita en fecha 26 de octubre de 2017, desde la mensualidad de junio de 2020 hasta el dictado de la Sentencia, manteniéndose el aplazamiento de las rentas que se generen a partir del próximo mes de marzo de 2021, en que comenzará la nueva temporada hotelera, únicamente en el caso de que subsistan las actuales restricciones legales de aforo y de acceso en frontera a turistas europeos.

La anterior medida cautelar quedará condicionada a que la parte solicitante preste fianza o caución en el plazo de 30 días por la suma de 500.000 euros, bien en efectivo, o bien mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca

Adviértase a la parte, que si no presenta la demanda principal dentro de los veinte días siguientes a la adopción de la medida, ésta quedará sin efecto, condenándosele en las costas y respondiendo de los daños y perjuicios que se hubieran producido.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de APELACIÓN sin efectos suspensivos ante la Audiencia Provincial de VALENCIA (artículo 735.2 .2º LECn).

Así lo acuerdo, mando y firmo, Juan Luis de la Rúa Navarro, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Valencia.-