

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **30/12/2021**

Nº de Recurso: **345/2021**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA PROVINCIAL DE BADAJOZ**

### **SECCIÓN SEGUNDA**

#### **SENTENCIA**

**ILMOS. SRES...../**

**PRESIDENTE:**

**DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (PONENTE)**

**MAGISTRADOS:**

**DON FERNANDO PAUMARD COLLADO**

**DON JUAN MANUEL CABRERA LÓPEZ**

=====

**Recurso civil número 345/2021.**

Concurso abreviado 195/2019 (incidente ICO-4).

Juzgado de lo Mercantil número 1 de Badajoz.

=====

En la ciudad de Badajoz, a treinta de diciembre de dos mil veintiuno.

Visto en grado de apelación ante esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso civil dimanante del incidente (ICO-4) del concurso abreviado 195/2019 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Badajoz; siendo apelante, "Barrasa Inversiones, SL", representada por la procuradora doña María Teresa Escaso Silverio y defendida por la letrada doña Ana Isabel Barrasa Sánchez; y apelados, por un lado, "Confecciones Montosa, SL", representada por la procuradora doña Marta Gerona del Campo y defendida por la letrada doña Elena González Lavado; y por otro, el administrador concursal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El Juzgado de lo Mercantil número 1 de Badajoz, con fecha 19 de noviembre de 2020, dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice así:

*<<Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por doña María Teresa Escaso Silverio, en nombre y representación de "Barrasa Inversiones, SL", contra "Confecciones Montosa, SL", imponiendo las costas a la concursada>>.*

**SEGUNDO.** Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de "Barrasa Inversiones, SL".

**TERCERO.** Admitido el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

**CUARTO.** "Confecciones Montosa, SL" se opuso al recurso. Tras ello, se remitieron los autos a este tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia. Por auto de 7 de

abril de 2021 se admitió la prueba propuesta. A continuación, se señaló para deliberación y fallo el día 24 de noviembre de 2021, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el art. 465 LEC.

Ha sido ponente el magistrado don Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Objeto del recurso.

La concursada “Barrasa Inversiones, SL” es arrendataria de un local en Don Benito (Badajoz), local que es propiedad de “Confecciones Montosa, SL”. La primera sociedad ha demandado a la segunda pidiendo, por un lado, la subsistencia del arrendamiento por tácita reconducción y, por otro, que se modifique la renta por razón de la cláusula *rebus sic stantibus* (en adelante, cláusula *rebus*). El Juzgado de lo Mercantil ha desestimado la demanda. En esta alzada, se reproducen todas las pretensiones de la actora.

### SEGUNDO. Resumen de los hechos relevantes.

Como se desprende de las pruebas documentales, constan sucintamente los siguientes hechos:

- i) La sociedad “Barrasa Inversiones, SL” se constituyó el 4 de septiembre de 1992 y se dedica al sector textil.
- ii) El 5 de julio de 2005 “Confecciones Montosa, SL” arrendó a “Barrasa Inversiones, SL” un local sito en el número Num000 de la Calle000 en la población de Don Benito (Badajoz).
- iii) “Barrasa Inversiones, SL” es arrendataria de otro local en Mérida.
- iv) “Barrasa Inversiones, SL” desarrolla en los citados inmuebles la actividad de venta al público de ropa, a través de la franquicia de la marca MANGO.
- v) En el contrato de 5 de julio de 2005 relativo al local de Don Benito, en la cláusula sobre el plazo de vigencia del arrendamiento, se estipuló lo siguiente: <<La duración del presente contrato tendrá una vigencia de quince años, contados a partir del día quince de septiembre próximo. Llegada la fecha del vencimiento del presente contrato, la finca deberá quedar desalojada por la parte arrendataria. No obstante, transcurridos diez años, la parte arrendataria podrá resolver unilateralmente el presente contrato de arrendamiento antes de su vencimiento, previo aviso de forma fehaciente con dos meses de antelación, como mínimo. Si llegado el plazo establecido para la finalización del presente arrendamiento permaneciere el arrendatario en la finca, sin el consentimiento expreso del arrendador, podrá este por su parte reclamarle dos veces el importe de la renta mensual y gastos que viniere satisfaciendo, por cada mes que permanezca en dicha condición, con independencia de ejercitar las acciones legales correspondientes>>.
- vi) En enero de 2019 “Barrasa Inversiones, SL” inició negociaciones de carácter reservado por precurso.
- vii) El 20 de mayo de 2019 “Barrasa Inversiones, SL” presentó ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Badajoz solicitud de concurso voluntario. En esa fecha declaró adeudar a “Confecciones Montosa, SL” la suma de 19.256,68 euros.
- viii) Por auto de 6 de septiembre de 2019, el Juzgado de lo Mercantil declaró en concurso a “Barrasa Inversiones, SL”, su administración fue intervenida y se nombró administrador concursal a don Bruno.
- ix) En el informe definitivo del administrador concursal de 15 de noviembre de 2019, se reflejó un pasivo de 1.637.452,00€ y un activo de 1.909.439,81 euros. Respecto de “Confecciones Montosa, SL” se hizo constar un crédito a su favor de 24.176,98 euros.
- x) El 2 de abril de 2020 “Barrasa Inversiones, SL” propuso a “Confecciones Montosa, SL” la exoneración del pago de la renta mientras durase el cierre ordenado por el art. 10 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo por razón de la crisis sanitaria producida por la Covid-19. “Confecciones Montosa, SL” no aceptó dicha propuesta.
- xi) El 4 de mayo de 2020 “Barrasa Inversiones, SL” solicitó a “Confecciones Montosa, SL”, para su aplicación de manera automática y al amparo del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, la moratoria establecida en dicha norma, para el aplazamiento, sin penalización ni devengo de intereses, durante el tiempo que durase el estado de alarma y sus prórrogas y a las cuatro mensualidades siguientes, mediante el fraccionamiento de las cuotas en un plazo de dos años, que se contarían a partir del momento en el que se superase la situación aludida anteriormente, o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses antes citado, y siempre dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas. “Confecciones Montosa, SL” tampoco aceptó esta solicitud.

**TERCERO.** Primer motivo del recurso de apelación: incongruencia por no haberse pronunciado la sentencia sobre la tácita reconducción o, en su defecto, de la prórroga del contrato de arrendamiento.

“Barrasa Inversiones, SL” defiende que se ha producido la tácita reconducción del arrendamiento toda vez que la concursada, tras cumplirse los quince años de duración del contrato, siguió en posesión del local de manera legítima. Se invoca el art. 1581 CC. La entidad recurrente denuncia que la sentencia de instancia no se ha pronunciado sobre esta cuestión. Hace ver que, al amparo del art. 215 LEC, pidió el oportuno complemento de sentencia, petición que fue desestimada. Asimismo, resalta que, en la demanda, expresamente se formuló tal pretensión.

“Confecciones Montosa, SL” replica que, si bien la sentencia de instancia no se pronuncia sobre la posible reconducción del arrendamiento, el hecho de rechazarse la aplicación de la cláusula *rebus* excluye la posibilidad de reconducir el arrendamiento.

Este primer motivo no puede acogerse.

Como es sabido, el deber de congruencia consiste en la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso. Tal deber se observa cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica. Hay que confrontar la parte dispositiva de la sentencia con el objeto del proceso. Y el objeto del proceso viene integrado por las partes y por sus alegaciones, es decir, el hecho o conjunto de hechos que producen efectos jurídicos y resultan esenciales para el logro de las pretensiones solicitadas. De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (por todas, véanse las sentencias del Tribunal Supremo 809/2021, de 24 de noviembre; 799/2021, de 23 de noviembre de 3 de noviembre y 792/2021, de 17 de noviembre).

Por otra parte, debemos apuntar que dicha labor de contraste o comparación no ha de realizarse de modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la relación establecida, sino que es factible llevarla a cabo con cierto grado de flexibilidad; bastando que se dé la racionalidad y la lógica necesarias, así como una adecuación sustancial y no absoluta entre lo pedido y lo concedido.

Hechas estas consideraciones, hemos de reconocer que la posible reconducción del contrato de arrendamiento fue objeto del proceso. Aunque la demanda no resultaba muy clarificadora al plantear hasta tres suplico en función de las distintas ofertas realizadas por la parte arrendataria, sí formó parte de la pretensión la reconducción o renovación del arrendamiento. Y buena prueba de ello es que la parte arrendadora, en su contestación, se opuso expresa y profusamente a dicha posibilidad.

Ahora bien, en la medida en que estamos ante una sentencia absolutoria, no podemos hablar propiamente de incongruencia, pues a la postre no solo se ha desestimado la reducción de la renta, sino también la eventual reconducción del arrendamiento. El Tribunal Supremo, con carácter general, propugna que no hay incongruencia cuando estamos ante resoluciones absolutorias (entre otras, sentencias 779/2021, de 12 de noviembre y 603/2021, de 14 de septiembre).

Por otra parte, en cuanto a la reproducción en esta alzada de la cuestión de fondo, relativa a la existencia o no de la tácita reconducción del contrato, debemos dar la razón a “Confecciones Montosa, SL”.

No hay infracción de los arts. 1566 y 1581 CC. Olvida la sociedad recurrente que los contratos para uso distinto de vivienda se rigen principalmente por la exclusiva voluntad de las partes (art. 4.3 LAU).

En este caso, los contratantes pactaron una cláusula del siguiente tenor: <<La duración del presente contrato tendrá una vigencia de quince años, contados a partir del día quince de septiembre próximo. Llegada la fecha del vencimiento del presente contrato, la finca deberá quedar desalojada por la parte arrendataria. No obstante, transcurridos diez años, la parte arrendataria podrá resolver unilateralmente el presente contrato de arrendamiento antes de su vencimiento, previo aviso de forma fehaciente con dos meses de antelación, como mínimo. Si llegado el plazo establecido para la finalización del presente arrendamiento permaneciere el arrendatario en la finca, sin el consentimiento expreso del arrendador, podrá este por su parte reclamarle dos veces el importe de la renta mensual y gastos que viniere satisfaciendo, por cada mes que permanezca en dicha condición, con independencia de ejercitar las acciones legales correspondientes>>.

Como puede observarse, dentro de su autonomía de la voluntad, las partes eliminaron la posibilidad de la tácita reconducción que contempla el art. 1581 CC. Los términos son bien elocuentes. No dejan lugar a la duda de que estamos ante una cláusula de renuncia a la tácita reconducción (sentencias del Tribunal Supremo 586/2020, de 10 de noviembre y 530/2018, de 26 de septiembre). Se dispuso el desalojo inmediato e incluso

se convino una cláusula penal para el supuesto de que la parte arrendataria siguiera en posesión del inmueble una vez expirado el plazo de duración, salvo que hubiera consentimiento expreso del arrendador.

En este supuesto, dicho consentimiento expreso en ningún momento existió. Tanto es así que la parte arrendadora no aceptó ninguna de las propuestas de “Barrasa Inversiones, SL”.

Y por lo demás, el hecho de que la parte arrendadora exija o acepte el pago de la renta tras la expiración del arrendamiento, entre tanto no se restituya la posesión del bien, no es acto propio vinculante a los efectos de una eventual reconducción. Es simplemente que, hasta que no se desaloje el inmueble, la propiedad tiene derecho a la correspondiente compensación por la privación ilegítima de su posesión.

**CUARTO.** Segundo motivo del recurso: vulneración de la jurisprudencia y error en la valoración de la prueba en cuanto a la aplicación de la cláusula *rebus* con motivo de la Covid-19.

“Barrasa Inversiones, SL” defiende que no se han tomado en consideración todas las circunstancias derivadas de la pandemia: estado de alarma, cierre obligado de las tiendas abiertas al público, restricciones varias, etcétera. Considera que la situación vivida ha afectado al contrato y, conforme a la cláusula *rebus*, debe ajustarse la renta. Recuerda que, cuando se presentó la demanda (9 de julio de 2020), todavía no se podía saber siquiera de manera estimada cuál sería la evolución de la pandemia, ni cuál sería el efecto de la Covid-19 en la economía mundial y en el consumo en España. Se hace hincapié en que, tras el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, tuvo que cesar completamente en su actividad durante los meses de marzo a mayo. Manifiesta que, tras la reanudación de la actividad, la caída de la cifra de negocio superó el 50%. Reseña que, durante los diez primeros meses del año 2020 respecto del año 2019, las ventas se redujeron en un 43%. Entiende indiscutible que la actual pandemia ha alterado la base del negocio.

Y a tal fin hace las siguientes consideraciones: i) que la parte arrendataria no tiene la culpa de la crisis sanitaria; ii) que estamos ante una causa de fuerza mayor sobrevenida e inesperada; iii) que el riesgo no era previsible; iv) que sus efectos son graves y se manifiestan en la imposibilidad de cumplir con los compromisos adquiridos; y v) que “Barrasa Inversiones, SL” ha actuado de buena fe y no ha colaborado en la imposibilidad sobrevenida de cumplir con sus obligaciones.

A este motivo se opone de plano “Confecciones Montosa, SL”.

En primer lugar, hace ver que “Barrasa Inversiones, SL” no cumple los requisitos previstos en el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. Sostiene que solo se puede accionar por medio de la cláusula *rebus* si concurren los presupuestos de dicha norma: i) que el arrendatario sea autónomo o pyme, con suspensión de su actividad o reducción de la misma en, al menos, un 75%; y ii) que el arrendador sea empresa, entidad pública o gran tenedor. La sociedad apelada niega ser gran tenedor, de modo que no está obligada a la alteración del contrato. Admite que existieron negociaciones sobre la renta, pero aclara que, antes de la irrupción de la crisis sanitaria, “Barrasa Inversiones, SL” venía incumpliendo sus obligaciones desde tiempo atrás.

**QUINTO.** La cláusula *rebus sic stantibus*.

Como es sabido, con carácter general y en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, los contratos no se pueden modificar, ni siquiera aun cuando las circunstancias cambien y se altere el equilibrio inicialmente pactado.

Ello no obstante, aunque nuestro Código civil no lo prevé expresamente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo terminó admitiendo la vigencia de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* para aquellos supuestos, siempre excepcionales, donde se rompía el equilibrio de las prestaciones por la irrupción sobrevenida e imprevisible de nuevas circunstancias.

Esta cláusula, con escaso recorrido práctico dada su aplicación excepcional, resurgió a raíz principalmente de la crisis económica de 2008. El Tribunal Supremo aprovechó entonces la ocasión no solo para perfilar los contornos de esta figura jurídica, sino también para justificarla y regularla. Esclareció su esencia y su contenido, buscando normalizarla, para lo cual concretó de forma objetiva sus condiciones.

Hay un cuerpo de doctrina jurisprudencial que se inició con las sentencias 820/2012, de 17 de enero de 2013 y 822/2012, de 18 enero de 2013 y que continuó con la sentencia 333/2014, de 30 de junio. Es verdad que, últimamente, sin volver a los postulados clásicos, sí se ha hecho hincapié en la importancia de la autonomía de la voluntad, abundando en la excepcionalidad y en el carácter necesariamente imprevisible de las circunstancias (sentencias 5/2019, de 9 de enero; 455/2019, de 18 de julio y 156/2020, de 6 de marzo).

Y demás está decir que la terrible pandemia que vivimos demuestra la oportunidad y vigencia de esta figura jurídica. Sobre la base del art. 3 CC, que exhorta a interpretar las normas en función de la realidad social

del momento en que han de ser aplicadas, la actual crisis sanitaria, de graves repercusiones económicas, ha propiciado el renacimiento de esta cláusula. Una institución siempre presente, clásica, excepcional y con escaso recorrido práctico, ha resurgido con fuerza por los perversos efectos de la Covid-19. A modo de último recurso, esta figura cobra hoy un auge inusitado y ha salido en auxilio del contratante que sufre una onerosidad sobrevenida.

Como decíamos, el Tribunal Supremo ha redefinido su fundamento o razón de ser. La concepción tradicional hacía descansar la cláusula en la equidad y la justicia. Ya no. Se desplaza al plano causal del contrato. Y es que las relaciones jurídicas onerosas están presididas, con carácter general, por el principio de la conmutatividad, es decir, por el equilibrio de las prestaciones. Como también están regidas por el principio de la buena fe, que, entre otras cosas, comporta que los contratos se cumplan en sus justos términos. Cuando esos términos, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, cambian profundamente, las prestaciones pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo con el cambio operado.

Se alude entonces a la llamada teoría de la base del negocio. Cuando el sobrevenido cambio de circunstancias afecta al sentido o finalidad del contrato y rompe el equilibrio prestacional del mismo, hace entrar en juego la cláusula *rebus*. Desaparece la base del negocio al frustrarse la finalidad económica primordial del contrato y también al destruirse la equivalencia de las prestaciones, de suerte que no puede ya hablarse de prestación y contraprestación. Supone una quiebra de la finalidad del negocio, de modo que resulte inalcanzable.

También el Tribunal Supremo ha mitigado ciertos requisitos para la aplicación de la cláusula. Aunque no prescinde de él, matiza el presupuesto de la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. No se exige con carácter abstracto. Si el nuevo escenario no pudo razonablemente tenerse en cuenta en el contexto económico y negocial en que se celebró el contrato, podría invocarse la cláusula. Eso sí, cuando 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. No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato. La última sentencia dictada por el Tribunal Supremo en esta materia (la 156/2020, de 6 de marzo) alerta sobre ello y sigue un criterio más restrictivo para aplicar la cláusula; probablemente porque, en ese justo momento, nadie podía imaginar el actual escenario de ciencia ficción que estamos sufriendo. Una pesadilla hecha realidad.

Por otra parte, para que se pueda provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, la alteración de las circunstancias ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato, que socave la base del negocio.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial no limita los efectos de esta institución. Es verdad que, en principio, solo tiene como fin revisar o reajustar el desequilibrio de las prestaciones. En virtud del principio de conservación del negocio, la cláusula tendría efectos meramente modificativos. Pero de forma excepcional, la cláusula podría justificar la resolución o extinción de la relación jurídica, aunque, eso sí, bajo la perspectiva no del incumplimiento esencial y la insatisfacción del acreedor, sino de la desaparición de la base del negocio por la ruptura del equilibrio contractual.

Por otro lado, la jurisprudencia deja claro que la prestación no tiene por qué ser de cumplimiento imposible. La imposibilidad sobrevenida de la prestación (arts. 1182 a 1184 CC) es cosa distinta. Lo que se exige es que la prestación resulte demasiado onerosa, bien porque lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica), bien porque suponga la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación). Y es más, según el Tribunal Supremo, este juicio de onerosidad ha de llevarse a cabo bajo el solo prisma del contrato, prescindiéndose de la global situación económica de la empresa.

**SEXTO.** El cierre forzoso de la actividad sí justifica, en este caso y al menos en parte, la aplicación de la cláusula *rebus*.

Antes de nada, tenemos que salir al paso de las objeciones formales planteadas por la parte arrendadora.

En línea con la sentencia de instancia, “Confecciones Moltosa, SL” descarta la aplicación de la cláusula *rebus* porque no se cumplen los requisitos previstos por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

Esta norma, sin embargo, solo se limita a reconocer una moratoria para reducir los costes de algunas pequeñas empresas y, en modo alguno, deja sin efecto la cláusula *rebus*, ni tampoco la regula. El legislador ha querido dar facilidades de pago a pequeños empresarios y autónomos, como remedio a las dificultades económicas generadas por esta situación tan difícil. Pero la norma no cierra puertas desde un punto de vista jurídico a la eventual aplicación de la cláusula *rebus*. Ni siquiera pretende acotarla o definirla. Nada se recoge en su

articulado. Su sola alusión en la exposición de motivos tampoco puede llevar a nadie a engaño. Primero porque las exposiciones de motivos no tienen carácter normativo y, segundo, porque realmente el legislador pretende ampararse en esta figura para justificar su intromisión en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Dicho con otras palabras, busca en esa cláusula el fundamento de su decisión. Su norma, viene a decir literalmente, está en línea con la cláusula *rebus*. Si esa disposición está en línea es porque resulta similar a tal cláusula. Esto es, son cosas distintas: tienen en común que son un remedio para modular las obligaciones contractuales.

En consecuencia, el hecho de que “Barrasa Inversiones, SL” incumpla los requisitos para acogerse a esa moratoria no le impide accionar con fundamento en la cláusula *rebus*. Es más, la imposibilidad de acogerse a esos aplazamientos, por no tener la parte arrendadora la condición de gran tenedora, agrava la situación de “Barrasa Inversiones, SL”.

En segundo lugar, no se ha discutido por las partes, ni tampoco condiciona necesariamente la suerte de este procedimiento el hecho de cuál de los hoy litigantes debe soportar el riesgo del cierre de la actividad por motivos sanitarios. En el ámbito jurídico, es público que insignes civilistas han debatido de forma entusiasta y con argumentos de peso sobre esta interesante cuestión. Aun siendo un aspecto relevante, no nos parece decisivo de cara al resultado del presente procedimiento. Y en la medida en que la cláusula *rebus* solo tiene como fin revisar o reajustar el desequilibrio de las prestaciones, podemos dejar para mejor ocasión su estudio.

Hechas estas acotaciones y como ya hemos adelantado, debemos reconocer que la situación vivida con motivo de la pandemia producida por la Covid-19 sí puede justificar la aplicación de la cláusula *rebus*. Como es lógico, dependerá de las circunstancias de cada negocio. Es obvio que hay muchos contratos cuyas bases no se han alterado con motivo de la crisis.

En este supuesto concreto, entendemos que el cierre forzoso operado entre el 14 de marzo y el 21 de mayo de 2020 constituye un episodio que se enmarca en el ámbito de la cláusula *rebus*. Fue un acontecimiento por completo extraordinario. La entidad arrendataria se vio de pronto impedida para ejercer su actividad comercial en el local, como franquiciada de la marca MANGO. Vio paralizada su actividad económica. Nadie discute que no pudo vender nada, pues su comercio era de carácter presencial. En ese periodo se produjo un claro caso de desequilibrio de las prestaciones. El local dejó de ser útil para “Barrasa Inversiones, SL”, pues, por disposición legal, no podía abrirlo al público. No facturó nada. Ese cierre, cuando las partes suscribieron su contrato en 2005, era no ya imprevisible, sino inimaginable. Por supuesto, ninguno de los contratantes tuvo culpa de nada. Y está probado que “Barrasa Inversiones, SL” negoció con “Confecciones Montosa, SL” para buscar una solución, formulando hasta dos propuestas distintas. Es evidente que el cierre convirtió en excesivamente oneroso para “Barrasa Inversiones, SL” el cumplimiento de la obligación contractual tal cual se pactó con “Confecciones Montosa, SL”. Durante esos días se produjo una desproporción exorbitante entre las obligaciones de los contratantes. En ese periodo, se rompió desde luego el equilibrio de las prestaciones. La conmutabilidad del contrato desapareció y se frustró la finalidad económica del contrato.

En cuanto a la mora en que se encontraba la entidad arrendataria al tiempo del cierre, apuntar que no debe ser impedimento para aplicar la cláusula *rebus*. Es verdad que, en derecho comparado, con carácter general, la posibilidad de alterar los términos del contrato está vedada a quien se encuentra en mora. Sin embargo, en nuestro ordenamiento, se prescinde de tal requisito. Y no podemos identificar el descubierto con la mala fe. La cláusula en litigio, como ya hemos apuntado y entre otras cosas, se apoya en la buena fe (art. 1258 CC). Asimismo, los deudores pueden ser de mala o de buena fe. Y aquí “Barrasa Inversiones, SL” aparentemente ha obrado de buena fe. No solo por la presunción legal, sino también por sus actos propios. Ella llevó a cabo negociaciones para evitar su concurso y, cuando resultaron infructuosos los tratos habidos, solicitó un concurso voluntario. Asimismo, el hecho de estar en tal situación, no la puede hacer de peor condición.

En cuando a los efectos de la aplicación de la cláusula, entendemos equitativo que se reparta el riesgo representado por el cierre de las actividades entre ambos contratantes por partes iguales, de modo que se reduzca la renta a la mitad durante los días en que el local estuvo cerrado por imperativo legal.

En cambio, una vez que ya se levantó el cierre y “Barrasa Inversiones, SL” abrió su tienda, consideramos que el contrato del arrendamiento debe volver a su ser. Las posibles oscilaciones en las ventas, aunque se hayan visto afectadas por la pandemia de un modo u otro, no son alteraciones excepcionales. Se habla de una caída de ventas del 43% en los primeros diez meses del año 2020, pero ese porcentaje, en buena medida es consecuencia del cierre ya aludido. A la sociedad recurrente le incumbía la carga de probar cumplidamente que, tras la apertura de los comercios, seguía subsistiendo una situación económica que alteraba de forma extraordinaria y grave las prestaciones del contrato. La sola reducción de las ventas en un periodo concreto, incluso con carácter acusado, no puede justificar la aplicación de la cláusula *rebus*. Tal situación no puede tacharse de imprevisible.

Como recoge la doctrina del Tribunal Supremo, una cosa es que las crisis económicas de efectos profundos y prolongados supongan una variación importante de las circunstancias y puedan alterar las bases del negocio y cosa distinta es que llegue a operar la cláusula *rebus*. En efecto, su aplicación no se produce de forma generalizada, ni de un modo automático. Además de la crisis, es necesario que concurra una excesiva onerosidad. Se exige una incidencia relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. De ahí que un circunstancial desplome de ventas no pueda justificar ya la aplicación de la cláusula. A diferencia del cierre que es una circunstancia objetiva e impositiva de la actividad, las ventas tienen un componente claramente aleatorio, que entra de lleno en los riesgos normales del contrato. No podemos afirmar que se haya frustrado la finalidad económica del contrato.

**SÉPTIMO.** Tercer y último motivo del recurso: infracción del art. 394 LEC.

“Barrasa Inversiones, SL”, para terminar, interesa que no se le impongan las costas de primera instancia. Esgrime que el asunto presentaba serias dudas de derecho.

Este motivo se estima.

Más allá de las dudas de derecho, que son factibles, hay que aplicar sin más el criterio del vencimiento. En efecto, una vez que ha prosperado en parte el recurso y ha sido estimada en parte la demanda, no hay vencimiento total y, por ende, no se hace especial pronunciamiento en costas (art. 394.2 LEC).

**OCTAVO.** Costas y depósito.

Al estimarse en parte el recurso, no se imponen tampoco las costas de esta alzada (art. 398 LEC). Asimismo, ordenamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

## FALLO

**Primero.** Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por “Barrasa Inversiones, SL” contra la sentencia de 29 de noviembre de 2020 dictada en el incidente (ICO 4) del concurso abreviado 195/2019 y, en consecuencia, revocamos en parte dicha resolución y estimamos en parte la demanda.

**Segundo.** Declaramos que, respecto del contrato de arrendamiento en litigio y por aplicación de la cláusula *rebus*, durante los sesenta y nueve días que fueron del 14 de marzo hasta el 21 de mayo de 2020 la renta a pagar por “Barrasa Inversiones, SL” a favor de “Confecciones Montosa, SL” quedó reducida a la mitad.

**Tercero.** Se confirma la desestimación de la demanda en todo lo demás.

**Cuarto.** No se imponen las costas en ambas instancias y ordenamos la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los arts. 469 (en relación con la disposición Final 16ª LEC) y 477 LEC, de los que conocerá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª LOPJ, la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

10

10