

IMPUTACIÓN DEL RIESGO DE CIERRE TEMPORAL DE LOCALES COMERCIALES POR NORMAS IMPERATIVAS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

*Attribution of the risk of temporary closure of business premises due to mandatory rules
enacted during the «alarm state»*

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
jose.busto.lago@udc.es
Catedrático de Derecho civil
Universidad de A Coruña

Cómo citar / Citation

Busto Lago, J. M. (2022).
Imputación del riesgo de cierre temporal de locales comerciales por normas imperativas durante
el estado de alarma (Tribuna)
Cuadernos de Derecho Privado, 3, pp. 2-10
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.23>

Resumen

El cierre de locales de negocio arrendados, en los que se realizaban actividades no esenciales durante el periodo de tiempo de vigencia de las normas dictadas para evitar la propagación del virus SARS-Covid-19, planteó, desde el primer momento, la necesidad de dar respuesta a la imputación del riesgo derivado de la imposibilidad temporal de realizar la actividad para la que el local fue arrendado (al arrendador, aun cuando no le resulte imputable la imposibilidad de realizar la actividad; o al arrendatario que mantiene la posesión inmediata del local, aun cuando temporalmente pueda no obtener la utilidad esperada). La LAU no prevé causa alguna de exclusión del pago de la *renta* por fuerza mayor o por declaración de estado de alarma y el RD Ley 15/2020, de 25 de abril, constituye un argumento normativo que ampara la exigibilidad íntegra de la renta de los locales de negocio durante el estado de alarma. La disputa doctrinal ha trascendido a los pronunciamientos jurisprudenciales, algunos de los cuales optan por considerar de aplicación la cláusula «*rebus sic stantibus*» que conlleva la reducción temporal de la renta; frente a otros que consideran que se trata de un riesgo empresarial que debe asumir el arrendatario. En Francia, tres *arrêts* de la *Cour de cassation* de 30 de junio de 2022 han resuelto la cuestión suscitada a favor de los propietarios / arrendadores, argumentando que la prohibición de recibir al público en los locales comerciales, de carácter general y temporal, no entraña la pérdida del local arrendado por parte del arrendatario; no constituye una inejecución o incumplimiento de la obligación de entrega y tampoco puede ser invocada como constitutiva de un supuesto de fuerza mayor que impida al arrendatario el cumplimiento de su obligación de pago de la renta. En Alemania, la sentencia del BGH de 12 de enero de 2022 ha declarado que el arrendatario que inste la reducción o la supresión de la renta debe probar las pérdidas efectivamente sufridas y que éstas hacen imposible el pago de la renta debida.

Palabras clave

Arrendamiento de locales de negocio, estado de alarma, «*rebus sic stantibus*», renta arrendaticia, riesgo empresarial.

Abstract

The closure of leased business premises, in which non-essential economic activities were developed, during the period of validity of the mandatory rules enacted for confronting the COVID crisis, posed from the first moment the question of who bore the risk of not being able to open the premises (either the lessor, who has nothing to do with the prohibition of opening business premises dedicated to non-essential economic activities, or the lessee, who maintains possession of the premises but cannot obtain the expected utility from them). The Spanish legislation on the contract of lease does not provide that the declaration of an "alarm state" by the Government, or any other force majeure event whatsoever, waives the obligation to pay the rent. The statutes enacted for ruling the alarm state (RD Ley 15/2020, 25 April 2020) reinforce the idea that the lessor may claim the whole rent. Doctrinal disputes have influenced the judicial decrees on this issue. Some of the courts have found that the "rebus sic stantibus" rule must be applied to this case, reducing the amount of the rent payable during the period of temporary closure. Others have considered that the closure was at the risk of the lessee. In France, three *arrêts* of the *Cour de cassation* of 30 June 2022 have ruled in favour of the lessors, arguing that the mandatory closure cannot be considered a breach of contract of the lessor nor a force majeure event that prevents the lessee from complying with his obligation of paying the rent. In Germany, a BGH decree of 12 January 2022 has ruled that the lessee who claims the reduction or withdrawal of the rent must prove the effective losses caused by the closure and that these losses make impossible to pay the rent.

Key words

Lease of business premises, alarm state, «*rebus sic stantibus*», rent, commercial risk.

Las medidas administrativas adoptadas por el Gobierno con la finalidad de luchar contra la propagación del virus SARS-CoV-2, que implicaron el confinamiento de la población en sus hogares, la prohibición de desplazamientos no imprescindibles y otras, afectaron también, de manera directa, al uso de los locales comerciales, en tanto que aquellos locales de negocio en los que se realizan actividades calificadas, en la referida normativa, como «no esenciales» (art. 10.1 RD 463/2020, de 14 de marzo), no pudieron recibir al público y, en consecuencia, durante el periodo de tiempo de vigencia de aquellas medidas, no pudieron realizar su actividad comercial de manera habitual, sufriendo pérdidas de ingresos y, por ende, de las ganancias esperadas derivadas de la actividad desarrollada en el local de negocio.

En el referido contexto normativo, se hace necesario determinar la imputación del riesgo derivado de una obligación de imperativo cumplimiento, de carácter excepcional y temporal (en el sentido y con las consecuencias que se derivan de la previsión del art.

4.2 del CC), que determina la imposibilidad –también temporal- de realizar la actividad comercial o negocial para la que el arrendatario ha arrendado un local de estas características. Se trata de contestar a la cuestión acerca de si, en el referido contexto normativo, los arrendatarios están dispensados -de manera total o parcial- del cumplimiento de su obligación de pago de la renta durante el periodo temporal que han estado vigentes aquellas medidas o si, por el contrario, los arrendadores pueden exigir el pago de las mismas y, en su caso, ejercitar otras acciones distintas a la del cumplimiento fundadas en el impago de las rentas, como es el caso de la acción resolutoria y el consiguiente desahucio.

La ausencia de una previsión normativa expresa de imputación de un riesgo como el descrito subyace en el debate, inicialmente doctrinal y, de inmediato, trasladado al foro, en relación con esta cuestión. Previsible resulta que el debate tampoco hubiese cesado en el caso de que se encontrase vigente una norma como la prevista en el art. 564-3 de la *Propuesta de CC* elaborada por la APDC (Ed. Tecnos, Madrid, 2018), que, a propósito de las obligaciones del arrendatario dispone que *«salvo pacto en contrario, el arrendatario de un bien fructífero, mueble o inmueble, no tiene derecho a una rebaja de la renta si el bien arrendado no da los frutos previstos por causas que no pueden calificarse de fuerza mayor. Si la falta de frutos se debiese a un suceso de fuerza mayor, el arrendatario tendrá derecho a una disminución de la renta proporcional a la no obtención de la ganancia que previsiblemente se iba a obtener»*. A tenor de esta norma y si se admite la equiparación del *«factum principis»* -que hace imposible la prestación a cargo del arrendador- a la fuerza mayor, se llegaría a la solución de la reducción de la renta en proporción directa a la reducción de la ganancia esperada por el arrendatario fruto de la realización de la actividad negocial en el local arrendado, lo que generará no pocas dificultades de cálculo y de prueba.

Normas como las contempladas en el RD-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (así como en el posterior RD-Ley 35/2020, de 22 de diciembre), destinadas a reducir los costes operativos de PYMES y autónomos derivados de la falta o de la minoración de los ingresos, que podían dar lugar a la incapacidad financiera para hacer frente al cumplimiento total o parcial de sus obligaciones de pago, entre las que se encuentra la *renta* de los arrendamientos de locales de negocio, al partir de la premisa de que el arrendatario está obligado al pago de la renta que se devengue durante el periodo de tiempo que dure la vigencia de las medidas vinculadas al estado de alarma y que le impidan realizar la actividad comercial o negocial

en el local arrendado (extendiéndose la medida a los supuestos de reducción de la facturación respecto del mes natural anterior al que se solicita el aplazamiento de su pago en, al menos, un 75%) suponen una toma de postura del legislador a favor del mantenimiento de la vigencia de la obligación contractual de pago de la renta, sin perjuicio de que se contemplen medidas que afectan a su exigibilidad temporal (en este sentido, aunque crítico con la norma, R. BERCOVITZ, «Comentarios al Título III de la LAU» [BIB 2020\11085]). En efecto, en determinados supuestos, para el caso de determinados arrendadores (empresa, entidad pública de vivienda o gran tenedor) y de determinados arrendatarios (autónomos y PYMES arrendatarios de un inmueble afecto a su actividad económica) estas normas amparan que puedan imponer el aplazamiento de un periodo máximo de cuatro meses de renta, procediendo a su pago durante los veinticuatro meses inmediatamente posteriores (siempre dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento), sin penalización alguna, ni devengo de intereses.

Por otra parte, han sido los arrendatarios, titulares de las actividades comerciales desarrolladas en los locales de negocio (arrendados, o no), los que se han beneficiado de las ayudas públicas vinculadas al cese temporal de la actividad. Esta circunstancia se cohonestaba con el hecho de que sea el arrendatario quien deba asumir el riesgo ligado a la imposibilidad temporal de usar y disfrutar el local comercial por razón de medidas normativas que integran un supuesto de *«factum principis»*.

La toma de posición del legislador no produjo el efecto esperado en el referido debate cristalizado en la posible aplicación de remedios del Derecho común de obligaciones y contratos, como son la posible aplicación de la fuerza mayor, la excesiva onerosidad de la prestación debida, la buena fe contractual, la imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo concretado en la prohibición de apertura al público o la posible aplicación del remedio propio constituido por la cláusula *«rebus sic stantibus»*. En la jurisprudencia española los pronunciamientos divergen entre la estimación de la acción de reclamación de rentas (*v.gr.*, SAP Pontevedra, Secc. 6ª, 383/2021, de 30 de septiembre [JUR 2021, 355739]), la declaración de que el cierre por aplicación de las normas de prevención del Covid-19 es un riesgo empresarial del arrendatario, de manera que no cabe aplicar la cláusula *«rebus sic stantibus»* (*v.gr.*, SJPI Pamplona núm. 6 150/2021, de 4 de mayo [JUR 2021, 156533]); o la aplicación de este remedio para fundar la reducción de la renta en un 50% (*v.gr.*, SSJPI Barcelona núm. 8 1/2021, de 8 de enero; Palencia núm. 7 26/2021, de 9 de febrero; A Coruña núm. 1 180/2021, de 9 de junio [JUR 2022, 93580]; AP Álava, Secc. 1ª, 536/2021, de 30 de junio [JUR 2021, 32319] y 625/2021, de 2 de

septiembre [JUR 2022, 47959]); así como para adoptar la medida cautelar de suspensión del pago de las rentas (*v.gr.*, AAP Valencia 43/2021, de 10 de febrero).

La aplicación de soluciones fundadas en la aplicación de la doctrina «*rebus sic stantibus*» -que determinan el reparto de riesgos contractuales-, es admitida por algunos Magistrados que se han pronunciado sobre la cuestión (*v.gr.*, SALAS CARCELLER, MAGRO SERVET y GARCÍA CENICEROS); así como por el ex-Magistrado de la Sala de lo Civil del TS ORDUÑA MORENO; por juristas con amplio conocimiento en materia de arrendamientos (FUENTES-LOJO); y por reputados Catedráticos de Derecho civil (*v.gr.*, CARRASCO, si bien limita su aplicación al supuesto de caída de las ventas en el establecimiento comercial, en el que la aplicación analógica del art. 1575 del CC se erige como el fundamento de la aplicación de la «*rebus sic stantibus*»); mientras que, en el caso de cierre del establecimiento en virtud de la norma imperativa ya referida, considera que se suspende el devengo de la renta como consecuencia del incumplimiento, no imputable, del arrendador de cumplir con su obligación *ex art.* 1554.3º CC -y, en esto comparte su parecer, GARCÍA VICENTE-; en tanto que CUENA postula el reparto de los riesgos y la consiguiente rebaja de la renta con fundamento en la aplicación analógica del art. 1575 del CC).

A mi juicio, el hecho de que el legislador se haya pronunciado expresamente sobre esta cuestión, estableciendo un determinado reparto de riesgos de manera imperativa para los supuestos incluidos en el art. 1.1 del RD-Ley 15/2020 enerva la posible aplicación a este supuesto de soluciones fundadas en la aplicación de la cláusula «*rebus sic stantibus*» (no faltan tampoco defensores de la aplicación cumulativa de ambos remedios, como es el caso de F. PANTALEÓN), si es que concurrieran, en el caso concreto, los presupuestos de su aplicación a tenor de la doctrina jurisprudencial que resulta de la STS 156/2020, de 6 de marzo, en particular en los contratos de arrendamiento de local de negocio que sean de larga duración y en los que resulta difícil apreciar la relevancia de un cambio sustancial de circunstancias y, en su caso, una excesiva onerosidad de la prestación a cargo del arrendatario fundada en el hecho de no realizar la actividad o de obtener un determinado nivel de venta durante un par o tres de meses en el marco de un contrato de 120 ó 180 meses.

En Alemania, la Sentencia del BGH de 12 de enero de 2022 (XII ZR 8/21) ha declarado que la pandemia no es un riesgo empresarial y que para que puedan resultar de aplicación los remedios contractuales fundados en la alteración de la base del negocio en el caso de arrendamientos de locales comerciales, que amparen una reducción o, incluso,

una supresión de la obligación del pago de la renta, es necesaria que el arrendatario pruebe las pérdidas efectivamente sufridas y que éstas hacen imposible el pago íntegro de la renta debida, así como las prevenciones que ha adoptado para paliar las consecuencias negativas derivadas de la aplicación de las normas imperativas adoptadas con carácter temporal de cierre al público de determinados establecimientos comerciales.

La doctrina italiana (v.gr., U. SALANITRO) propugna la reducción de la renta con fundamento en la previsión del art. 1464 del *Codice civile*, de manera que, en el caso de falta de acuerdo entre las partes en el caso de renegociación del contrato, pueden éstas acudir al auxilio judicial, considerando de aplicación analógicas las previsiones de los arts. 1578 y 1584 del *Codice civile* en materia de vicios y reparaciones de la propiedad alquilada, lo que resulta de difícil admisión ante la ausencia de laguna legal alguna que haya de ser integrada (v.gr., CARAPEZZA FIGLIA).

La imputación del riesgo al arrendatario es la solución que se ha impuesto en el Derecho francés, en el que se ha generado un debate en términos similares al existente en España y en el que se produjeron pronunciamientos de órganos jurisdiccionales de instancia también divergentes, a los que parece haber puesto fin la *Cour de cassation* a finales del pasado mes de junio. En efecto, en tres *arrêts* de 30 de junio de 2022 (Cass. 3^e civ. 30-6-2022 n^o 21-20.190 FS-B, Sté. Action France c/ Sté. Foncière Saint-Louis; Cass. 3^e civ. 30-6-2022 n^o 21-20.127 FS-B, Sté. Odalys résidences c/ V.; y Cass. 3^e civ. 30-6-2022 n^o 21-19.889 FS-D, Sté. Bourse de l'immobilier c/ Sté. Lafran) la Sala de lo Civil de la *Cour de cassation* ha resuelto la cuestión suscitada a favor de los propietarios / arrendadores: los arrendatarios están obligados al pago de las rentas de los locales durante los periodos temporales en los que no han podido mantenerlos abiertos al público. La trascendencia y alcance de estas resoluciones en el Derecho francés resulta evidente y, sin duda, sus argumentos son trasladables al Derecho español. Argumenta la *Cour de cassation* que las medidas administrativas que prohibían recibir al público en los locales comerciales adoptadas durante la crisis sanitaria no entrañaron la pérdida del local arrendado por parte del arrendatario; no constituyeron una inejecución o incumplimiento de su obligación de entrega por parte del arrendador y tampoco pueden ser invocadas como constitutivas de un supuesto de fuerza mayor que impida al arrendatario el cumplimiento de su obligación de pago de la renta del local cuya posesión inmediata siguió ostentando durante la vigencia de aquellas medidas.

En los tres casos resueltos por la *Cour de cassation* se discutía la obligación de pago de la renta durante la vigencia temporal del llamado primer confinamiento (entre los

meses de marzo y mayo de 2020) y en los tres casos se trataba de arrendamiento de locales comerciales en los que se desarrollaban actividades no esenciales: una residencia de uso turístico (nº 21-20.127); un supermercado con predominio de productos no alimentarios (nº 21-20.190) y una agencia inmobiliaria (nº 21-19.889). En los tres supuestos, los arrendatarios habían decidido, de manera unilateral, suspender el pago de la renta, habiendo sido exigido por los arrendadores el cumplimiento de esta obligación.

Los argumentos esgrimidos por los arrendatarios de locales de negocio en el caso de los supuestos resueltos por la *Cour de cassation* no difieren, en esencia, de los invocados en el Derecho español para amparar la inexistencia de la obligación de pago de la renta:

1º) La excepción de incumplimiento contractual imputable al arrendador, argumentada sobre el art. 1219 del *Code civil* (en términos similares a la jurisprudencia española en derredor del art. 1124 CC). Para que la excepción de incumplimiento del arrendador pueda ser invocada por el arrendatario es necesario que el incumplimiento resulte imputable a aquél, radicando el incumplimiento en la falta de entrega del local y en el hecho de no garantizar su pacífica posesión por el arrendatario durante el periodo temporal de vigencia del contrato. En los *arrêts* nº 21-19.889 y nº 21-20.190), la *Cour de cassation* señala que la medida general de policía administrativa que impone la prohibición de recibir al público no supone un incumplimiento de la obligación de entrega de local arrendado por parte del arrendador y ello por cuanto: *i)* Los locales están a disposición de los arrendatarios. *ii)* La imposibilidad de su explotación comercial conforme a la finalidad del contrato es sólo imputable al legislador. De manera adicional, precisa la *Cour de cassation* que la obligación de entrega no incluye la obligación de asegurar la accesibilidad permanente de público / clientes al local arrendado y, en particular, en el caso de cierre en virtud de normas administrativas de alcance general. En relación con esta cuestión, recuerda que la obligación de entrega por parte del arrendador no se restringe a la mera entrega de las llaves del local (entrega «material»), sino que incluye también la garantía de la posesión inmediata y de hacer posible el uso y disfrute directo del local por parte del arrendatario, conforme a su destino, durante toda la vigencia del contrato (entrega «jurídica»), con fundamento en la cual el arrendatario puede exigir al arrendador la entrega de un local que cumpla con las exigencias administrativas que permitan desarrollar en el mismo la actividad comercial para la que ha sido alquilado. Sin embargo, en los casos que nos ocupan, la imposibilidad (temporal) de explotar comercialmente el local no resulta de un obstáculo preexistente al arrendamiento, ni está

vinculada al estado del bien objeto de arrendamiento o de su inadecuación o inhabilidad para realizar la actividad prevista contractualmente, sino que resulta de una norma jurídica de aplicación general a todos los comercios en los que se realizan actividades no esenciales, «sin vínculo directo con el destino contractual». Es claro que el efecto de la norma administrativa, general y temporal, no es imputable a los arrendadores, a los que no les puede reprochar / imputar el incumplimiento de su obligación de entrega (*arrêt* n° 21-20.127). En sentido contrario, CARRASCO, GARCÍA VICENTE y PEÑA LÓPEZ, entre otros (y frente a la opinión de PANTALEÓN y de quien suscribe la presente Tribuna), consideran que, en estos casos, aun cuando el arrendador no es culpable, si ha dejado de cumplir su obligación esencial de «mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato» en el sentido indicado por el art. 1554.3° del CC, lo que facultaría al arrendatario para no seguir pagando el precio / renta del arrendamiento.

2º) La prohibición de recibir al público en el local arrendado no se puede asimilar a la pérdida del local arrendado. Como es conocido, la pérdida de la finca arrendada por causa no imputable al arrendador durante la vigencia del contrato es una causa de extinción del arrendamiento (arts. 28, letra *a*), de la LAU y 1568 -en relación con los arts. 1181 y 1182- del CC; y 1722 del *Code civil*). La jurisprudencia francesa considera que la pérdida por caso fortuito puede provenir tanto de una pérdida material, como de una pérdida «*jurídica*», equiparando esta última a la imposibilidad del arrendatario de usar y disfrutar el inmueble arrendado (*v.gr.*, prohibición de uso por no cumplir las normas de seguridad establecidas para determinados tipos de locales y/o actividades; o fruto de una norma urbanística que impide desarrollar determinadas actividades en un perímetro delimitado). A pesar de que han sido varios los pronunciamientos jurisdiccionales de instancia que han considerado aplicable esta doctrina sobre la pérdida «*jurídica*» en el contexto de las normas dictadas con ocasión de la crisis sanitaria del año 2020, la *Cour de cassation* rechaza su aplicación al caso derivado de la aplicación de las referidas normas administrativas de aplicación general y temporal, sin vinculación directa con el destino contractual del local arrendado, afirmando que sus efectos no pueden ser asimilados a la pérdida del local arrendado. La aplicación de esta doctrina y su consiguiente consecuencia jurídica requiere, como presupuesto, la pérdida definitiva (aun parcial) y no es posible en el caso de pérdida temporal. Por otra parte, el carácter general de estas medidas, en el caso de reputarse de aplicación la invocada doctrina jurisprudencial, tendrían como efecto la pérdida automática de todos los locales comerciales en los que se desarrollen actividades calificadas como no esenciales.

3º) La fuerza mayor no puede ser invocada por los arrendatarios para enervar la obligación de pago de la renta. La premisa de la que debe partirse es que concurre fuerza mayor cuando un hecho ajeno a la voluntad del deudor y externo al ámbito del riesgo, que razonablemente no podía preverse en el momento de la celebración del contrato y cuyos efectos no pueden evitarse con las medidas adecuadas, impide el cumplimiento de su obligación por parte del deudor. Si el impedimento es temporal, se suspende el cumplimiento de la obligación a menos que la demora resultante justifique la resolución del contrato. Si el impedimento es definitivo, el contrato queda automáticamente extinguido y las partes quedan liberadas de sus obligaciones. La *Cour de cassation* recuerda que la fuerza mayor no resulta de aplicación a las obligaciones de pago de una suma de dinero (como es la obligación propia del arrendatario); al tiempo que la parte de un contrato que, debido a un evento de fuerza mayor, no haya podido beneficiarse de un servicio que pagó no puede obtener la anulación o la ineficacia del contrato invocando aquel evento.

Restarían por examinar los efectos de la eventual mala fe del arrendador (invocada en el caso resuelto por el *arrêt* nº 21-20.190, rechazando su concurrencia, argumentando que el arrendador había propuesto aplazar el pago de la renta del mes abril de 2020, lo que resultaría revelador de que había tenido en cuenta las circunstancias excepcionales y demostrado su buena fe); así como la posibilidad de aplicar la nueva regulación de la imprevisión contractual incorporada en el art. 1195 del *Code civil* en la reforma del año 2016. Soluciones análogas se acogen en los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* de 2011 (PICC), en particular, para los casos de *hardship*, en los que se permite a la parte contractual en desventaja reclamar una renegociación cuando el equilibrio contractual se vea alterado de manera sustancial en su perjuicio como consecuencia del acaecimiento de eventos que no pudieron ser previstos razonablemente al tiempo de la conclusión del contrato (art. 6.2.2 PICC). En otras normas incluidas en distintos textos dirigidos a la unificación del Derecho de contratos en la UE (caso del DCFR), así como en propuestas de reforma del CCom y del CC elaboradas en España (es el caso, *v.gr.*, de la "*Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos*" elaborada por la CGC) también se contempla este supuesto, si bien no son Derecho aplicable o susceptible de ser invocado para su aplicación directa por los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de la virtualidad que su toma en consideración pueda tener en la argumentación de alguna de las soluciones que se proponen desde la perspectiva de los arrendatarios en el caso que constituye el objeto de esta *Tribuna*.