



Roj: **AJPI 77/2020 - ECLI:ES:JPI:2020:77A**

Id Cendoj: **07040420142020200001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **14**

Fecha: **15/07/2020**

Nº de Recurso: **361/2020**

Nº de Resolución: **248/2020**

Procedimiento: **Medidas Cautelares**

Ponente: **IRENE PARTIDA BARRETO**

Tipo de Resolución: **Auto**

JDO. PRIMERA INSTANCIA N.14

PALMA DE MALLORCA

AUTO: 00248/2020

PROCEDIMIENTO: Medidas cautelares nº 361/2020/1 derivadas del procedimiento ordinario nº 361/2020.

En Palma, a 15 de julio de 2020. ·

Doña Irene Partida Barreto, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de los de Palma de Mallorca, en las medidas cautelares seguidas en pieza separada número 361/2020 derivada de procedimiento ordinario número 361/2020, iniciados a instancia de la procuradora de los tribunales doña Silvia Colom Ruiz, en nombre y representación de la entidad FERGUSMED S.L; contra la entidad BAY HOTELS & LEISURE SL, dictó el siguiente:

**AUTO nº 248/2020**

## HECHOS

Primero.- la procuradora de los tribunales doña Silvia Colom Ruiz, en la representación indicada, presentó el día 12 de mayo de 2020 demanda de juicio ordinario en la que por medio de otrosí solicitaba la adopción inaudita parte de una medida cautelar consistente en la suspensión del pago del componente fijo de la renta pactada en el punto 4.2 del contrato durante el plazo de un año a contar de la presentación de la demanda.

Segundo.- Mediante decreto de fecha 8 de junio de 2020 se admitió a trámite la demanda y se dio cuenta de la medida cautelar solicitada.

Tercero.- Por auto de 8 de junio de 2020 se denegó la adopción de la medida cautelar inaudita parte y se convocó a las partes a una vista.

Cuarto.- Mediante diligencia de ordenación de 8 junio de 2020 se señaló el día 26 de junio de 2020 para la celebración de la vista, la cual se suspendió por los motivos que constan en autos, señalándose nuevamente para el día 8 de julio de 2020.

Quinto.- La vista se celebró el día indicado a la que comparecieron ambas partes. La parte solicitante se ratificó en su solicitud y la parte demandada se opuso. La parte actora propuso como medios de prueba la documental acompañada a la demanda, la documental aportada en escritos posteriores, la testifical de don Obdulio y de doña Amelia e interrogatorio del perito don Prudencio y la parte demandada propuso la documental aportada en la vista, la testifical de don Obdulio y el interrogatorio de los peritos don Rogelio y don Rosendo . Todos los medios de prueba fueron admitidos y practicados con el resultado que obra en autos a excepción de la testifical de doña Amelia , quedando pendiente del dictado de la presente resolución.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS



Primero.- El artículo 721 de la ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 establece que "bajo su responsabilidad, todo actor, principal o reconvenional, podrá solicitar del tribunal, conforme a lo dispuesto en este Título, la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare" y el artículo 726 del mismo texto legal establece que "el tribunal podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, que reúna las siguientes características: 1º ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente. 2º no ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado". Y el artículo 727 del mismo cuerpo legal establece que "conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras las siguientes medidas cautelares: 7º La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo". Y el artículo 728 establece que "sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria" y en el apartado segundo del mismo precepto establece que "el solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios" y el apartado tercero señala que "salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado. El tribunal determinará la caución atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice, según el apartado anterior, sobre el fundamento de la solicitud de la medida. la caución a que se refiere el párrafo anterior podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529".

De lo expuesto resulta que para que pueda adoptarse la medida cautelar es necesario que haya apariencia de buen derecho y peligro por la mora procesal.

Segundo.- La parte actora en su demanda solicita una modificación de la renta pactada en el contrato de arrendamiento celebrado con la parte demandada bien por aplicación de la cláusula 12 del contrato bien por aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.

Por lo que se refiere a la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de enero de 2019 ha señalado que "1.- 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 al 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 ello 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 BGBJ; *excesiva onerosidad sopravvenuta* en el Código civil italiano (LEG 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 sucedido 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 de 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:

"Sí 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".

2.- Respecto a la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a los contratos con incertidumbre sobre sus resultados económicos, la sentencia 626/2013, de 29 de octubre, declaró que:

"para que sea aplicable esa técnica de resolución o revisión del contrato se exige, entre otras condiciones, como señaló la sentencia de 23 de abril de 1991, que la alteración de las circunstancias resulte imprevisible, lo que no acontece cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual".

Es decir, la regla *rebus* no puede operar en contratos cuyo ámbito de aplicación propio está constituido por los supuestos en los que no resulta del contrato la asignación del riesgo a una de las partes o una distribución del riesgo de una determinada manera.

3.- Tanto en la jurisprudencia como en las regulaciones internacionales antedichas es condición necesaria para la aplicación de la regla *rebus* la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. 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."

lo que ha reiterado el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de marzo de 2020 al señalar que "Para resolver la cuestión, hemos de partir de la jurisprudencia sobre la denominada cláusula *rebus sic stantibus*, que se contiene en la reciente sentencia 455/2019, de 18 de julio:

"(...) según, la doctrina jurisprudencial de la *rebus sic stantibus*, 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 finalidad del contrato. Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes ( sentencia del pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla "rebus" la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. 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). 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)".

El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la rebus sic stantibus es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo."

En el presente caso, es notorio que el RD 463/2020 de 14 de marzo declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, acordándose en el artículo 10 de1 citado Real Decreto la suspensión de las actividades de hostelería y restauración.

Posteriormente se dictó la Orden SND/257/2020 de 19 de marzo por la que se declaró la suspensión de apertura al público de establecimientos de alojamiento turístico de acuerdo con el artículo 10.6 del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo.

Con posterioridad se dictó la Orden SND/399/2020 de 9 de mayo cuyo artículo 44.2 estableció que "A los servicios de restauración y cafeterías de los hoteles y alojamientos turísticos se les aplicará con carácter general lo establecido en el capítulo IV. No obstante, exclusivamente para los clientes hospedados, se prestará servicio de restauración y cualquier otro servicio que resulte necesario para la correcta prestación del servicio de alojamiento. Estos servicios no se prestarán en las zonas comunes del hotel o alojamiento turístico, que permanecerán cerradas. La prestación de estos servicios tendrá que observar las medidas e instrucciones sanitarias de protección y de distancia de seguridad interpersonal." Añadiendo el apartado 3 que "No estará permitida la utilización de piscinas, spas, gimnasios, miniclubs, zonas infantiles, discotecas, salones de eventos y de todos aquellos espacios análogos que no sean imprescindibles para el uso de hospedaje del hotel o del alojamiento turístico."

El Plan para la transición hacia una nueva normalidad estableció varias fases, permitiendo en fase 1 la apertura de hoteles y alojamientos turísticos excluyendo zonas comunes con determinadas restricciones; en la fase 2 se permitió la apertura de las zonas comunes si bien limitado a un tercio de su aforo y en la fase 3 limitado a la mitad del aforo.

En el ámbito de las Islas Baleares se dictó el Decreto 3/2020 de 7 de junio de la Presidenta de las Islas Baleares por el que se establecían medidas de flexibilización, regulación y graduación de determinadas restricciones en el ámbito de las Islas Baleares establecidas durante la declaración del estado de alarma en aplicación de la Fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad ampliando hasta el 75% el aforo permitido.

El día 21 de junio de 2020 concluyó el estado de alarma, fecha a partir de la cual se eliminaron las restricciones en materia de movilidad por el territorio nacional.

Y el día 1 de julio de 2020 se produjo la apertura del turismo internacional.

Expuesto lo anterior, desde la perspectiva de un juicio de verosimilitud y no de certeza se ha de estimar concurrente el requisito de apariencia de buen derecho, que no exige para la adopción de la medida la prueba plena de la infracción que queda reservada al pleito principal, sino sólo un principio de prueba de los hechos alegados por el actor, existiendo en el presente caso indicios para la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, y ello porque, como es notorio la crisis tanto sanitaria como económica derivada de la pandemia por el COVID 19 no era previsible en el momento de la celebración del contrato de arrendamiento, no encontrándose esta situación dentro de los riesgos normales del contrato. Y esta crisis sanitaria y económica ha afectado de manera directa y extraordinaria a la situación económica de la parte actora aumentando extraordinariamente la onerosidad de su contraprestación, pudiendo provocar la frustración de la finalidad económica del contrato, en cuanto que la actora hasta al menos finales del mes de junio no se hallaba en disposición de obtener ingresos al estar restringido el turismo nacional e internacional hasta dicha fecha, siendo evidente y notorio que el turismo este año en la situación sanitaria en la que nos encontramos será muy inferior al existente en circunstancias de ausencia de pandemia.

Tercero.- Por lo que se refiere al "periculum in mora" el Tribunal Supremo ha establecido en sentencia 3 de mayo de 2002 que "Bajo la rúbrica "Peligro de Mora", dispone el art. 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 que "sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria". La existencia del peligro de mora, requisito esencial para la adopción de la medida cautelar solicitada, se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante



en la existencia del peligro". En el presente caso, concurre el peligro de la mora procesal y ello porque la parte actora solicita en su demanda una modificación de la renta pactada como consecuencia de la crisis sanitaria y económica provocada por el COVID19, modificación que, en caso de estimarse la demanda, resultaría ilusoria si durante la sustanciación del procedimiento se produjera la resolución del contrato de arrendamiento por falta de pago de la renta o la insolvencia de la entidad actora, debiendo señalarse que si bien obran en autos dos informes periciales contradictorios sobre la solvencia de la actora y su capacidad económica para hacer frente al pago de la renta, lo cierto es que una disminución drástica de los ingresos, como se ha producido en el presente caso, necesariamente afecta a la capacidad económica de la empresa poniendo en riesgo su propia supervivencia, habiendo afirmado el perito don Prudencio en el acto de la vista que la situación actual es peor que la prevista cuando hizo el informe pericial, que casi con total seguridad la entidad actora entrará en pérdidas de tener que seguir pagando íntegramente la renta en cuanto que está pagando por algo que no le genera ingresos y que el pago de la renta fija llevará a la sociedad a una situación de patrimonio neto negativo, situación de patrimonio neto negativo que también es reconocida por el perito don Rogelio, si bien el mismo considera que ello no implica necesariamente que la empresa sea inviable.

Cuarto.- En cuanto a la caución, la parte solicitante considera que no debe ofrecer caución y subsidiariamente solicita que quede afecta a la caución la cantidad abonada en concepto de fianza, pretensiones que no pueden ser admitidas y ello porque la finalidad de la caución es garantizar los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar puede ocasionar a la parte demandada en el caso de que se dictara sentencia desestimatoria de la demanda. Por tanto, teniendo en cuenta por un lado que la medida cautelar solicitada y acordada repercute económicamente en la entidad demandada en cuanto que suspende temporalmente el pago de la parte fija de la renta que se fijó precisamente atendiendo a la inversión realizada por la misma en el hotel y por otro lado que la entidad demandada ha ofrecido a la actora una moratoria en el pago de la renta así como la resolución del contrato de arrendamiento sin penalización alguna, lo cual ha sido rechazado por la parte actora, se considera adecuado fijar una caución de 750.000 euros.

Esta caución podrá ser otorgada en cualquiera de las formas previstas en el apartado tercero del artículo 529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro de los diez días siguientes a la notificación de la presente resolución.

Quinto.- En el presente caso se estima que es procedente la adopción de la medida cautelar que se solicita siendo competente este Juzgado para ello, no siendo sustituible la medida por otra igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para la demandada, existiendo apariencia de buen derecho y existiendo peligro de mora procesal caso de no adoptarse, siendo proporcional, y debiendo fijarse una caución de SETECIENTOS CINCUENTA MIL (750.000 €), a prestar con carácter previo a cualquier acto de cumplimiento de la medida que se acuerda.

## PARTE DISPOSITIVA

Decreto, previa prestación de caución por la cantidad de SETECIENTOS CINCUENTA Mil EUROS (750.000€), la medida cautelar consistente en la suspensión del pago del componente fijo de la renta pactada en el punto 4.2 del contrato durante el plazo de un año a contar de la presentación de la demanda, entendiéndose la caución exigida para responder de los daños y perjuicios que puedan ocasionarse por la indebida adopción de la medida cautelar.

Una vez prestada dicha caución en la forma establecida en el artículo 529.3 de la LEC llévase a efecto la medida.

La caución deberá ser otorgada en el plazo de diez días contados desde la notificación de la presente resolución bajo apercibimiento de archivo de la presente pieza de medidas cautelares.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Mediante recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquella. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto ( artículos 456.2 y 458 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Así lo acuerda y firma SSª. Doy fe.

EL/LA JUEZ/MAGISTRADO



EL/LA LDO. ADMON. JUSTICIA

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ