



Roj: **AAP V 66/2021 - ECLI: ES:APV:2021:66A**

Id Cendoj: **46250370082021200003**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **8**

Fecha: **10/02/2021**

Nº de Recurso: **606/2020**

Nº de Resolución: **43/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **PEDRO LUIS VIGUER SOLER**

Tipo de Resolución: **Auto**

Rollo 606/20

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN OCTAVA

VALENCIA

A U T O N° 000043/2021

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente:

D. PEDRO LUIS VIGUER SOLER

Magistrados/as:

D^a SUSANA CATALÁN MUEDRA

D. FCO. JAVIER GARCÍA-MIGUEL AGUIRRE

En VALENCIA, a diez de febrero de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos de Procedimiento para la adopción de medidas cautelares [MCC] - 000505/2020 del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE VALENCIA, promovidos por IBERSTREET S.L. representado por el Procurador D. JESUS RIVAYA MARTOS y dirigido por la Letrada D^a CRISTINA PENALBA SANCHEZ, contra ATOM HOTELES IBERIA S.L., representado por la Procuradora D^a. ELENA GIL BAYO y dirigido por el Letrado D. JESUS GINER SANCHEZ; se dictó Auto con fecha 25 de Junio de 2020, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: " **QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE** lo solicitado por el procurador Sr. Rivaya Martos, 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."

**SEGUNDO.-** Contra dicho Auto, por la representación de ATOM HOTELES IBERIA

S.L. se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, elevando los autos a esta Superioridad, donde se tramitó la alzada, señalándose para su Deliberación y votación el día 8 de Febrero de 2021.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. PEDRO LUIS VIGUER SOLER.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes y motivos del recurso.- El auto dictado en la instancia y ahora impugnado por la entidad demandada ATOM HOTELES IBERIA S.L., acordó la medida cautelar interesada con carácter previo a la interposición de la oportuna demanda por la entidad demandante IBERSTREET S.L., consistente en el aplazamiento durante la tramitación del procedimiento del pago del 50% de la renta mínima pactada en la adenda del contrato de arrendamiento de industria objeto de autos de fecha 4 de julio de 2011, suscrita en fecha 26 de octubre de 2017, desde la mensualidad de junio de 2020 hasta el dictado de sentencia, y acordó mantener el aplazamiento de las rentas que se generen a partir de marzo de 2021, en el que comenzará la nueva temporada hotelera, únicamente en el caso de que subsistan las actuales restricciones legales de aforo y acceso en frontera a turistas europeos, medida que el Juzgado adoptó atendidas las consecuencias económicas perjudiciales que las medidas sanitarias y restrictivas a la libre circulación de personas derivadas del COVID-19 ha tenido para la entidad actora en la explotación del negocio de hotel objeto del contrato de autos sito en la isla de Mallorca.

La entidad Atom Hoteles Iberia S.L., que en la instancia se opuso a la adopción de dicha medida cautelar, interpone recurso de apelación contra el referido auto en base a dos motivos, que sintéticamente expuestos son los siguientes:

1.-) Falta de apariencia de buen derecho: en cuanto que a juicio de la apelante no se dan los requisitos para aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* a la moratoria solicitada en el pago de la renta mínima pactada en el contrato ya que la propia previsión contractual establece una renta fija y otra variable cuyo objeto era precisamente mitigar el riesgo, lo que excluiría la aplicación de dicha doctrina.

2.-) Falta de proporcionalidad en cuanto que la medida se extiende injustificadamente al menos hasta el mes de marzo de 2021 con independencia de que a dicha fecha estén o no vigentes las limitaciones al aforo del hotel y restricciones a la entrada en España de turistas extranjeros que según el Juzgado justificaban la adopción de dicha medida.

Solicita la sociedad apelante en definitiva que previos los trámites oportunos se revoque la resolución impugnada y se deje sin efecto la medida cautelar acordada con imposición de costas de primera instancia a la contraparte.

Conferido traslado a la parte actora Iberstreet S.L. ha presentado escrito oponiéndose al recurso interpuesto, solicitando su desestimación con imposición de costas a la parte apelante.

SEGUNDO.- Requisitos de las medidas cautelares.- La adopción de cualquier medida cautelar requiere la concurrencia de tres requisitos que consisten básicamente en el "*fumus boni iuris*" o apariencia de buen derecho, el "*periculum in mora*" y el ofrecimiento de caución.

En cuanto a la apariencia de buen derecho, dispone el artículo 728.2º de la LEC 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*". Por tanto, el tribunal no puede hacer más que un juicio provisional e indiciario de la pretensión del solicitante, sin prejuzgar el fondo del asunto, realizando únicamente un somero estudio a los efectos de decidir sobre la adopción o no de las medidas cautelares. En definitiva el "*fumus boni iuris*" o apariencia de buen derecho, no es otra cosa que la mera probabilidad de que el resultado del proceso pueda ser favorable a la postura de la actora, sin que quepa exigir una plena declaración jurídica, pues en este caso, el proceso cautelar sustituiría al proceso principal, bastando, por tanto, con la acreditación de la apariencia (por todos cabe citar auto de esta misma Sala nº 74/2018 de 13 de marzo).

En lo relativo al segundo requisito, el peligro de mora procesal o "*periculum in mora*", nace de que la finalidad de las medidas cautelares está circunscrita a evitar que el transcurso del tiempo, que conlleva la litispendencia, haga ilusoria la ejecución de la sentencia a dictar, por ello señala la LEC 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 pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*" (artículo 727.1º de la LEC) si bien "no



se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado con anterioridad" (artículo 727.1 párrafo segundo).

En cuanto a la fianza o caución, salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar debe 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 y el tribunal debe determinarla atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y a la valoración que realice sobre el fundamento de la solicitud de la medida, pudiendo otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529 (art. 728.3º LEC), debiendo ofrecerse en el mismo escrito inicial por el que se solicite la medida cautelar (art. 731.2º LEC).

Finalmente son características de las medidas cautelares su provisionalidad, su accesoriedad, su instrumentalidad y su modificabilidad, a las que se refieren los arts. 726 y 731 LEC, en cuanto que deben ser exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria sin prejuzgar el fondo del asunto, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente, debiendo adoptarse siempre la medida menos gravosa o perjudicial para el demandado y en todo caso con carácter temporal y por ende provisional, condicionado al resultado del proceso principal y susceptible de modificación y alzamiento.

TERCERO.- Examen y resolución de los motivos impugnatorios alegados por la entidad demandada en su escrito de interposición del recurso de apelación.

1.-) *Primer motivo impugnatorio: Ausencia de apariencia de buen derecho o "fumus boni iuris".*- Alega la parte apelante que en el caso no se cumple el citado requisito previsto en el art. 728.2º LEC y considera que la argumentación del auto impugnado es incorrecta en cuanto que concluye que el establecimiento de una renta mínima en el contrato, de importe fijo e independiente de la facturación del negocio, no constituye una asignación contractual del riesgo, lo que la parte apelante considera una interpretación reduccionista, pues el establecimiento de una renta mínima pero susceptible de incrementarse según los resultados excluiría la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* ya que la misma constituye un remedio subsidiario que se aplica en defecto de previsión o regulación contractual que permita mitigar los efectos de una reducción de la facturación por circunstancias sobrevenidas, regulación convencional que en el caso sí existe y que consiste precisamente en esa renta variable en función de la facturación; y alude la apelante a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la materia que nos ocupa en cuanto que requiere la existencia de una alteración extraordinaria de las circunstancias que determine -como segundo requisito- una excesiva onerosidad que afecte a la equivalencia de las prestaciones, alteración que debe tener además una cierta permanencia o duración. Añade la mercantil impugnante que la cláusula se ha venido alegando en la práctica ordinariamente en relación a circunstancias de mercado exógenas al contrato, y que debe valorarse en el caso si el deudor pudo haber evitado y neutralizado el riesgo o el volumen de su impacto, sin que se haya acreditado ninguna actuación de la demandante tendente a aminorar los efectos desfavorables que la crisis sanitaria produjo en su negocio; y en todo caso -añade- la cláusula *rebus* debe aplicarse con carácter subsidiario pues basta para evitar su aplicación que el contrato haya previsto la evolución desfavorable de las circunstancias que fueron presupuesto del contrato. A continuación señala que la jurisprudencia más reciente ha sido exigente y rígida al aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* alejándose del criterio más flexible mantenido en las sentencias de 30 de junio y 15 de octubre de 2014 (nº 820/2012 y 822/2012 respectivamente), y cita expresa y especialmente la STS 19/2019 de 15 de enero en cuanto que analizó y resolvió un supuesto similar al de autos en el que la empresa propietaria de un hotel había pedido la reducción de la renta debido a la caída del nivel de ocupación como consecuencia de la crisis generalizada, modificación contractual que el Tribunal Supremo denegó al haber previsto el contrato un sistema de retribución variable según los ingresos pero con un mínimo garantizado, como sucede en el caso.

Sin embargo, esta Sala no comparte dicha argumentación ni las conclusiones a las que llega la mercantil apelante, al menos en el contexto en el que nos encontramos con una crisis humanitaria sin precedentes a nivel mundial.

No obstante, y antes de entrar en el examen del motivo procede, siquiera sea para contextualizar la medida cautelar adoptada previa a la demanda, realizar una somera referencia a la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula "*rebus sic stantibus*" (cuya aplicación en definitiva se pretende en la demanda que, según se alega, se formulará en su momento), pues ello es imprescindible para valorar si concurre la "*apariencia de buen derecho*" que esgrime la parte solicitante en justificación de la medida cautelar adoptada, y que niega la mercantil apelante.



En este sentido, como indica la STS nº 807/2012 de 27 de diciembre, la cláusula " *rebus sic stantibus*" tiene por objeto la revisión del acto o negocio jurídico que ha sufrido un hecho imprevisible posterior a su celebración del contrato, y se refiere a la abundante jurisprudencia relativa a la alteración extraordinaria de las circunstancias que provoque un desequilibrio exorbitante de las prestaciones de las partes, sentencia que cita las anteriores de 20 noviembre 2009 que a su vez se remite a la de 25 enero 2007, y que dicen: "*analizando la aplicabilidad al caso de la cláusula "rebus sic stantibus", dice la sentencia de 23 de abril de 1991 que "la doctrina ha examinado la dificultad extraordinaria sobrevenida en el cumplimiento de la obligación al igual que lo ha hecho la jurisprudencia, al tratar de la posibilidad de construir dentro de nuestro derecho vigente, la cláusula "rebus sic stantibus" como medio de establecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones; con cita de las sentencias de 14 de diciembre de 1940 , 17 de mayo de 1941 , y 5 de junio de 1945 , la de 17 de mayo de 1957 establece las siguientes conclusiones en relación con la aplicación de la citada cláusula: A) Que la cláusula "rebus sic stantibus" no está legalmente reconocida; B) Que, sin embargo, dada su elaboración doctrinal y los principios de equidad a que puede servir, existe una posibilidad de que sea elaborada y admitida por los Tribunales; C) Que es una cláusula peligrosa, y, en su caso, debe admitirse cautelosamente; D) Que su admisión requiere como premisas fundamentales: a) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones, y c) que todo ello acontezca por la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles; y E) en cuanto a sus efectos, hasta el presente, le ha negado los rescisorios, resolutorios o extintivos del contrato otorgándole los modificativos del mismos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones". Tal doctrina se ha mantenido en posteriores resoluciones de esta Sala -Sentencias, entre otras, de 29 de mayo de 1996 , 10 de febrero de 1997 , 15 de noviembre de 2000 , 27 de mayo de 2002 y 21 de marzo de 2003 "*.

Por su parte la STS (Pleno) 820/2012 de 17 de enero de 2013 señala que la cláusula o regla *rebus sic stantibus* [estando así las cosas] trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o 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. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, ésta se ha mostrado siempre, sin embargo, muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general, contenido en el art. 1091 CC, de que los contratos deben ser cumplidos (p. ej. SSTs 10 de diciembre de 1990, 6 de noviembre de 1992 y 15 de noviembre de 2000) y precisa que dicha cláusula es aplicable incluso en casos de crisis económica (a propósito de la crisis de 2008) pues "*una recesión económica como la actual, de efectos profundos y prolongados, puede calificarse, si el contrato se hubiera celebrado antes de la manifestación externa de la crisis, como una alteración extraordinaria de las circunstancias, capaz de originar, siempre que concurren en cada caso concreto otros requisitos como aquellos a los que más adelante se hará referencia, una desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las correspondientes prestaciones de las partes, elementos que la jurisprudencia considera imprescindibles para la aplicación de dicha regla (SSTs 27-6-84, 17-5-86, 21-2-90 y 1-3-07)*".

Y añade: "*Por otra parte, en la actualidad es clara 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). Así, en el último trabajo citado se propone para el art. 1213 CC el siguiente texto, inspirado 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"

Por otro lado, la STS nº 333/2014 de 30 de junio, señala que "*resulta lógico, conforme al mismo principio, que cuando, fuera de lo pactado y sin culpa de las partes y de forma sobrevenida, las circunstancias que dotaron de sentido la base o finalidad del contrato cambian profundamente, las pretensiones de las partes, lo que conforme al principio de buena fe cabe esperar en este contexto, pueden ser objeto de adaptación o revisión de acuerdo al cambio operado. Esta relación entre el principio de buena fe y la cláusula *rebus sic stantibus* ya ha sido reconocida por esta Sala, caso, entre otras, de la Sentencia de 21 de mayo de 2009 (núm. 1178/2004)"*.



No obstante la más reciente STS 19/2019 de 15 de enero precisa que si bien en alguna de las sentencias anteriores se aplicó con gran amplitud la regla "rebus", con posterioridad el Tribunal Supremo ha descartado su aplicación cuando, en función de la asignación legal o contractual de los riesgos, fuera improcedente revisar o resolver el contrato, y así cita, en supuestos todos ellos relacionados con la crisis económico-financiera de 2008, la sentencia 742/2014, de 11 diciembre que declaró *"que la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable"*, o bien la sentencia 64/2015, de 24 febrero, afirmó que *"del carácter de hecho notorio que caracterizó la crisis económica de 2008, no comporta, por ella sola, que se derive una aplicación generalizada, o automática, de la cláusula "rebus sic stantibus" a partir de dicho periodo, sino que es del todo necesario que se contraste su incidencia causal o real en el marco de la relación contractual de que se trate"*, así como la sentencia 237/2015, de 30 abril, se apoya en la doctrina de la sala que, *"aun admitiendo la posibilidad de aplicar la regla "rebus sic stantibus" en favor del comprador afectado por la crisis económica, previene no obstante contra el peligro de convertir esa posibilidad en un incentivo para incumplimientos meramente oportunistas del comprador"*.

Por su parte la STS 455/2019 de 18 de julio incide en el requisito de la imprevisibilidad al señalar que *"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)"*.

En fin, recientemente se han pronunciado sobre la citada cláusula, entre otras y sin ánimo de exhaustividad, las SsTS 822/2012 de 18 de enero de 2013, 242/2014 de 11 de diciembre, 333/2014 de 30 de junio, 591/2014 de 15 de octubre, 64/2015 de 24 de febrero, 227/2015 de 30 de abril, 447/2017 de 13 de julio, 5/2019 de 9 de enero -que reproduce la resolución ahora impugnada-, 19/2019 de 15 de enero, 214/2019 de 4 de abril, 452/2019 y 455/2019 de 18 de julio o la muy reciente sentencia 156/2020 de 6 de marzo; y lo han hecho, salvo escasas excepciones, con un criterio sumamente restrictivo.

Ahora bien, como punto de partida cabe señalar que las sentencias que se mencionan en el recurso - y también las arriba citadas- se refieren a supuestos muy distintos al de autos, pues nunca antes los tribunales habían tenido que afrontar las consecuencias en el ámbito contractual de una situación sanitaria tan extraordinariamente grave y con efectos tan sumamente extendidos, tan negativos y tan devastadores en la economía -singularmente en el ámbito de la hostelería y el turismo- como la que ha supuesto la pandemia mundial causada por el COVID-19, pues la mayor parte de las sentencias que se citan en el recurso y particularmente las más recientes, se refieren a situaciones derivadas de la coyuntura económica o las fluctuaciones de mercado o bien cambios legislativos que pueden considerarse habituales o al menos previsibles o dentro de la órbita de los riesgos "normales" del contrato, y que frecuentemente son alegadas por los afectados en orden a solicitar una revisión o modificación del mismo, supuestos en los que ciertamente el Tribunal Supremo ha sido muy restrictivo a la hora de aplicar la doctrina de la *rebus sic stantibus*, considerando que, o bien se trataba de situaciones cíclicas y por ello previsibles, o ya estaban previstas en el contrato, o debieron serlo, como sucede en los casos de fluctuaciones de la oferta y a demanda en relación con el producto objeto del contrato (supuesto de la reciente STS 156/2020 de 6 de marzo), o relativos a vicisitudes propias de las crisis económicas (242/2014 de 11 de diciembre, 6472015 de 30 de abril, 455/2019 de 18 de julio), o cuando se alegan las dificultades de financiación del contratante (SSTS 433/1997 de 20 de mayo, 822/2012 de 18 de enero de 2013, 447/2017 de 13 de julio), o en supuestos en los que el riesgo o la incertidumbre era implícita al mismo (STS 5/2019 de 9 de enero), por citar algunos casos; pero insistimos, nunca en relación con una circunstancia tan excepcional, imprevisible y extraordinariamente grave (catastrófica podríamos añadir) y con efectos tan nocivos como la que ha tenido lugar a consecuencia de la pandemia del COVID-19, por lo que puede decirse que se trata de un supuesto que *prima facie* podría justificar la aplicación de la aludida doctrina de la *"rebus sic stantibus"*, lo que en definitiva deberá valorar el Juez de instancia en el proceso declarativo que se promueva, pero mereciendo por el momento la pretensión deducida un juicio provisional e indiciario favorable, pues desde el punto de vista de la afectación de la finalidad perseguida con el contrato y el equilibrio de las prestaciones, es difícil imaginar una situación más grave que la que nos ocupa y que se sitúa fuera del ámbito de los riesgos "normales" o previsibles del contrato.

Precisamente la parte demandada reconoce en su escrito de interposición del recurso frente al auto que acordó la medida cautelar la imprevisibilidad de la pandemia mundial (folio 9 apartado 13) pero matiza que ello no bastaría pues a su juicio sería necesario que el contrato no contuviera ninguna previsión contractual de asignación de ese riesgo. Sin embargo ello podría afirmarse en situaciones relacionadas con la reducción de



la facturación de las empresas en caso de crisis económica u otro eventos más o menos previsibles dentro del ámbito de los riesgos normales del contrato, pero la situación enjuiciada es totalmente distinta, pues como ya se ha señalado es indudable el carácter extraordinario e imprevisible de la pandemia que además ha tenido efectos devastadores precisamente en el sector del turismo y particularmente en las Islas Baleares donde tiene su sede el hotel, sin que sea el momento de profundizar en datos más concretos que deberán ser analizados en su caso en el procedimiento principal, siendo en todo caso notorio el demoledor efecto en el sector (y por ello exento de prueba ex art. 281.4º LEC, aunque este extremo no es objeto de discusión), por lo que no es de recibo la afirmación -o recriminación- que efectúa la apelante en el sentido de que la mercantil demandante no adoptara medidas para paliar o minorar los efectos desfavorables de la crisis sanitaria, pues realmente es difícil imaginar cuáles podrían haber sido dichas medidas ante una situación como la descrita, y cuando todas las empresas del sector han sido incapaces de eludir o paliar los ruinosos efectos de la crisis sanitaria mundial, sin que pueda exigirse a la entidad deudora una prestación desmedida y exorbitante en este sentido ni la adopción de hipotéticas medidas paliativas que nadie hasta el momento ha podido imaginar ni mucho menos de aplicar ante una crisis que ha sido -está siendo- histórica y letal para la economía (y para la sociedad en su conjunto), en especial en el sector turístico y el de la hostelería, por lo que sin perjuicio de lo que pueda en definitiva resolverse en la sentencia que se dicte, se aprecia la concurrencia de apariencia de buen derecho en la medida cautelar interesada.

Ello sentado no comparte esta Sala la afirmación que realiza la parte demandada en su recurso acerca de que se previó en el contrato dicha circunstancia y que así lo afirme basándose en el mero hecho de que se pactó una renta variable en función de la facturación con un mínimo (la renta arrendaticia debía ser del 18% de la facturación pero con un mínimo de 1.000.000 €), pues ni ello permite soslayar los gravísimos efectos de la crisis sanitaria, ni dicha cláusula (habitual en el sector) se introdujo para evitar los efectos devastadores de una pandemia por nadie siquiera imaginable, sino más bien con la finalidad de suavizar las consecuencias de las fluctuaciones del mercado o las crisis cíclicas y establecer una renta arrendaticia prorrateada o prolongada a lo largo de todo el año teniendo en cuenta que la temporada hotelera en la isla suele extenderse desde marzo a octubre. Por otro lado, puede decirse que la temporada 2020 ha quedado profundamente afectada dado que el hotel estuvo cerrado y sin ingreso alguno durante los tres meses de confinamiento mientras que durante el verano y como consecuencia del temor generalizado a los contagios, las limitaciones de movilidad y las restricciones en frontera impuestas por otros países la facturación ha sido notoriamente inferior a la normal como por otro lado parece evidenciarse con los datos contables aportados por la demandante (bloque documental 25 y 26 de la demanda, sin perjuicio de su más detallado examen en el juicio declarativo), sin que conste la incidencia de dichas circunstancias respecto de la entidad demandada, todo ello en un contexto realmente demoledor para el sector del que lógicamente no hay precedentes (basta leer el Preámbulo del Real Decreto-Ley 35/2020 al que aludiremos más adelante), y que como ya se ha señalado constituye un supuesto que al menos hipotéticamente y sin perjuicio de la prueba que se practique en el juicio podría justificar la revisión contractual o el aplazamiento de ciertas obligaciones en aplicación de la aludida doctrina jurisprudencial.

Por lo tanto, esta Sala coincide con el Juzgado que el mero hecho de haberse pactado una renta variable en función de la facturación este hecho no afecta al *fumus boni iuris* ya que no implica que se hubiera previsto una situación como la descrita ni que su finalidad fuera paliar los efectos de una pandemia por nadie imaginable, ni que ello suponga que el demandado deba ya por este simple hecho asumir cualquier riesgo de la clase que fuere, incluso el más grave, extremo o catastrófico, máxime cuando la renta se fijó en función un porcentaje de la facturación "previsible", y cuando la pandemia no estaba en el horizonte y por tanto no era un riesgo imaginable ni mucho menos fue asumido por las partes.

Pero es que además existe otro dato que en sentido contrario avala el juicio provisional indiciario favorable respecto de la pretensión que pretende ejercitar la actora cual es que la virtualidad de la cláusula "*rebus sic stantibus*" ha trascendido el ámbito jurisprudencial, hasta el punto que, incluso el legislador permite aplicar medidas similares como moratorias a las PYMES en dificultades económicas como consecuencia de los devastadores efectos del COVID-19; y en este sentido cabe citar el Real Decreto Ley 15/2020 de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo -que incluso se refiere a la cláusula *rebus sic stantibus* en su preámbulo-, norma legal que ha sido además complementada y ampliada por el Real Decreto-Ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, si bien procede en todo caso aclarar que las anteriores disposiciones legales constituyen una regulación de mínimos a falta de pacto, y que el mero hecho de que no concurren en la entidad demandante los requisitos exigidos por el legislador para la adopción de las medidas que dichas normas prevén -o incluso si concurren-, no significa que no se puedan solicitar medidas análogas en vía jurisdiccional a fin de que se valore si se dan los requisitos necesarios para la modificación contractual en aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la *rebus sic stantibus*.



Finalmente, en contra de lo que pretende la empresa apelante, no cabe traer a colación en apoyo de la tesis contraria a la adopción de la medida cautelar la STS 19/2019 a la que alude en su recurso, ya que si bien analizó un supuesto cercano al de autos -aunque en absoluto análogo- en el que se pretendía la modificación de la renta contractual, tenía por causa la disminución de la facturación de la empresa debido a la crisis económica, que no es en absoluto equiparable al supuesto ahora enjuiciado, extraordinariamente más grave que el analizado en dicha sentencia que en definitiva se refiere a las habituales oscilaciones del mercado (por tanto normales y previsibles y dentro de la órbita del contrato), y que en realidad no viene sino a aplicar la reiterada doctrina jurisprudencial que impide aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* de forma automática ante las consecuencias perjudiciales derivadas de la crisis económica, cuando se trata de riesgos propios del sistema económico previstos o que se debieron prever en un contrato de larga duración, supuesto de hecho que nada tiene que ver con el ahora analizado.

2.-) *Segundo motivo impugnatorio: Falta de proporcionalidad de las medidas.*- Como segundo motivo del recurso se alega la falta de proporcionalidad de la medida acordada ya que el auto acuerda una moratoria del 50% de la renta mínima por un periodo que se extendería al menos hasta el 31 de marzo de 2021, por tanto sobrepasada la vigencia de las normas que han impuesto limitaciones que han afectado al desarrollo del negocio hotelero de la empresa demandante, lo que a juicio de la mercantil apelante va más allá de las previsiones del RD-Ley 15/2020 cuyas moratorias se extienden como máximo hasta el 21 de octubre de 2020. Destaca también el hecho de que se decretara en su momento el levantamiento del estado de alarma dejando de estar vigentes las restricciones tanto a nivel de ocupación de hoteles como de la prohibición de entrada de extranjeros no residentes, hasta el punto que desde el 8 de junio de 2020 los hoteles de las Islas Baleares pueden ofertar la totalidad de su habitaciones y desde el 1 de julio de 2020 los turistas europeos pueden viajar libremente, todo lo cual pone de manifiesto la alegada falta de proporcionalidad.

Sin embargo, tampoco este motivo impugnatorio puede ser estimado.

En primer término cabe señalar que tras el auto impugnado se ha publicado el Real Decreto 926/2020 de 25 de octubre que decretó de nuevo dicho estado de alarma a nivel nacional para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS- CoV-2, mientras que pocos días después el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, prorrogó dicho estado de alarma hasta el 9 de mayo de 2021, habiéndose adoptado numerosas, sucesivas y cambiantes medidas restrictivas a la libre circulación de las personas en todo el territorio nacional (no sólo en España, sino también en los países de origen de la mayor parte de los turistas), con limitaciones a los horarios de apertura de establecimientos especialmente en el ámbito de la hostelería, e incluso el confinamiento horario o "toque de queda" en numerosas comunidades autónomas, medidas que obviamente tienen una incidencia muy nociva en el turismo; y en el este sentido pueden citarse, sin ánimo de exhaustividad, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Illes Balears de 27 de noviembre de 2020 *por el que se establecen los niveles de alerta sanitaria y se aprueba el nuevo Plan de Medidas Excepcionales de Prevención, Contención y Coordinación para Hacer Frente a la Crisis Sanitaria Ocasionada por la COVID-19*, el Decreto 18/2020, de 27 de noviembre, de la Presidenta de las Illes Balears, *por el que se actualizan las medidas establecidas como consecuencia de la declaración del estado de alarma para hacer frente a la situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19, y se vinculan a los niveles de alerta sanitaria* y el reciente Decreto 2/2021, de 11 de enero, también de la Presidenta de las Illes Balears, *por el que se adoptan medidas temporales y excepcionales por razón de salud pública para la contención de la COVID-19 en las islas de Mallorca y de Ibiza, al amparo de la declaración del estado de alarma*. No es desde luego el panorama más favorable para el turismo, siendo es evidente que una situación como la descrita era inimaginable -y por ello precisamente imprevisible- hace tan sólo un año, como tampoco lo era al tiempo del contrato o de su adenda. Su nefasta incidencia en la economía viene además expuesta con absoluta rotundidad en el RD-Ley 35/2020 que señala que el turismo es una de las actividades económicas más afectadas por la actual crisis sanitaria añadiendo que *"España es líder mundial en turismo, sector que representa el 12,4 % de su PIB y supone el 13,7 % de la afiliación a la Seguridad Social. En las entradas, en el periodo enero-octubre se ha producido una caída de más del 76 por ciento respecto al mismo periodo de 2019, y el gasto turístico ha descendido de forma similar, un 75,9 por ciento respecto al mismo periodo del año anterior. Estas caídas en la llegada de turistas afectan profundamente al sector hotelero, de transporte aéreo y transporte discrecional por autobús"*.

Cabe precisar no obstante, que lo relevante no es tanto el hecho que se encuentre o no vigente una determinada normativa en una fecha concreta como alega la empresa recurrente (al margen de que como ya hemos señalado se ha decretado de nuevo el estado de alarma en octubre de 2020 y las medidas restrictivas son constantes tanto en España como en el exterior), sino si la situación descrita realmente continúa y con ello la extraordinaria afectación de la demanda turística, que es lo que verdaderamente podría afectar al equilibrio de las prestaciones y suponer teóricamente la frustración de la conmutatividad contractual



-algo que se deberá determinar en el procedimiento ordinario-, pues estén vigentes o no las restricciones establecidas legalmente, sean unas o sean otras, desde luego la situación no ha sido ni es en absoluto favorable, y es notorio que el descenso de la demanda de servicios en el sector turístico se está prolongando en el tiempo más de lo previsto y lo deseable, habiendo transcurrido ya casi un año desde que se decretó inicialmente el estado de alarma y el confinamiento de todos los ciudadanos españoles el pasado mes de marzo por RD-Ley 463/2020 de 14 de marzo; y esta situación perdura debido a numerosos factores, fundamentalmente y entre otros el miedo de la población a los contagios, los nuevos brotes y mutaciones de la pandemia, las restricciones de movilidad existentes y los confinamientos perimetrales, a lo que deben añadirse las limitaciones y controles que afectan a los turistas provenientes de otros países, que son además los principales demandantes de dichos servicios, como sucede con los controles en frontera, las cuarentenas o controles PCR, y el hecho -no irrelevante- de que algunos Estados aconsejen incluso no viajar a nuestro país, de modo que el contexto es absolutamente desfavorable para el negocio turístico .

En consecuencia, sin necesidad de ahondar por el momento en la cuestión de fondo planteada cuya valoración en definitiva corresponderá al juez de instancia con plena libertad de criterio, esta Sala no considera desproporcionada la duración de la medida fijada por el Juzgado dado el contexto actual y la evolución de la pandemia en los últimos meses, máxime teniendo en cuenta que la finalización del estado de alarma no significa en absoluto que la misma haya terminado, estado de alarma que en principio finalizará el día el 9 de mayo de 2021.

En todo caso debe recordarse que las medidas cautelares son contingentes y que el art. 743 LEC admite la posibilidad de su modificación, para lo que se deben alegar y probar hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta en el momento de su adopción o de formular oposición a las mismas, lo que es particularmente relevante en este caso a la vista del motivo impugnatorio esgrimido y de lo cambiante de la situación, y sobre todo, de la posibilidad de que se produzca una deseable evolución positiva en la lucha contra la pandemia.

Por lo tanto, acreditada en principio una situación extraordinaria y excepcional que podría justificar al menos *prima facie* la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, se supera con ello el juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión ejercitada sin que ello suponga en absoluto prejuzgar el fondo del asunto ya que nos hallamos en el ámbito de la tutela cautelar, y sin que por otro lado la medida acordada se considere atentatoria contra el principio de proporcionalidad.

CUARTO.- Costas procesales.- De conformidad con lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y dada la desestimación del recurso de apelación, procede imponer las costas procesales a la parte apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

LA SALA ACUERDA

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de ATOM HOTELES IBERIA S.L. contra el auto de fecha 25 de junio de 2020 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Valencia en autos de medidas cautelares nº 505/20, que se confirma en su integridad, con expresa imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen, para su conocimiento y efectos, debiendo acusar recibo.

Dese al deposito constituido el destino legalmente previsto. Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así por este Auto, lo acordamos, mandamos y firmamos.

Conforme y siéndole aplicable la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y demás legislación vigente en la materia, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.