



GESTIÓN DE LAS NUEVAS MEDIDAS ANTI-COVID PARA ARRENDAMIENTOS DE LOCALES DE NEGOCIO (RD LEY 35/2020)*

Ángel Carrasco Perera**
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 5 de febrero de 2021

Los problemas interpretativos de las medidas anti-Covid dispuestas en favor de arrendatarios de locales de negocio en el RD Ley 35/2020.

El modelo seguido

Básicamente el sistema seguido por el RD Ley 35/2020 (entrada en vigor, 24 diciembre 2020) es el mismo que el del RDL 15/2020 (en vigor desde 23 abril 2020), con la novedad más destacada de que ahora se reconocen dos medidas posibles (moratoria y condonación parcial) que pasan a ser disponibles por opción del arrendador (pero el derecho de elección pasa al arrendatario con la *mora creditoris*, art. 1.3), de forma que la moratoria (una de las opciones) ya no “se aplicará de manera automática”, como ocurría en el RD

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” del que soy Investigador Principal con la profesora Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con SBPLY/19/180501/000333, del que soy Investigador Principal con la profesora Ana Isabel Mendoza Losana.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>



Ley 15. Este modelo opcional está tomado de la solución que ya preveía el RD Ley 11/2020 para arrendamientos de vivienda.

Medidas prospectivas

Ahora queda claro (art. 1.3) que la moratoria/condonación sólo podrán aplicarse a partir del mes siguiente a contar del mes del que venza el plazo que el arrendador tiene para ejercitar la opción y no, como parecía antes posible, a la mensualidad siguiente a la entrada en vigor del estado de alarma. Por tanto, las medidas de gracia no pueden extenderse retroactivamente a una fecha anterior a la solicitud por el arrendatario, que, ahora, tiene que formularse antes del 31 enero 2021. Este tiempo es de esencia. Corre fatalmente, aunque el arrendatario lo haya dejado pasar por causa que no le sea imputable. La solicitud es recepticia. Tiene que llegar al ámbito de control posesorio del arrendador antes de la fecha límite. Los riesgos de transmisión de la solicitud son del arrendatario. Los riesgos de recepción, del arrendador.

¿Cui prodest?

Obviamente, esta variedad de opciones favorece los intereses del arrendador, que, prudencialmente, considerará más seguro practicar condonación de la mitad de la renta en lugar de esperar el cobro final de una deuda acumulada con los retrasos, con riesgo de perder todo. Aunque la moratoria mantiene, en principio, el equilibrio económico del arrendador a largo plazo (aunque pierde el derecho al cobro de intereses por demora), su riesgo de precipitar la insolvencia del deudor es enorme, con perjuicio del arrendador, que sólo podrá defenderse del impago cuando la cosa no tenga remedio para él. Además, la moratoria es perversa porque incentiva al arrendatario a buscar la salida del contrato antes de que llegue el tiempo de repagar con creces, dejando al arrendador con un deudor personal que no le va a pagar porque ya el desahucio no desempeñará ningún papel de constricción.

Estrategia del arrendador en contratos cortos

La renta suspendida durante la moratoria legal deberá repartirse luego a lo largo de dos años como derrama adicional en las mensualidades sucesivas a lo largo de dos años. Pero siempre que el arrendamiento dure este tiempo o más. Si es de duración inferior, el arrendador puede concentrar la derrama en las mensualidades que resten después de la moratoria. Esto producirá un impacto económico notable en la capacidad de pago del arrendatario; ante la perspectiva de una insolvencia de hecho o de derecho, el arrendador hará bien entonces en preferir la condonación parcial. ¿Pero y si el tiempo que resta de contrato es inferior en total a la suma de los tiempos de la moratoria (estado de alarma+cuatro meses)? En estos casos el arrendador pierde la opción por la moratoria, y



sólo puede actuarse la condonación parcial, salvo acuerdo de las partes en prorrogar el contrato y recuperar con ello las rentas suspendidas. Y también salvo que las partes convengan una moratoria inferior a la legalmente prevista.

Arrendadores y arrendatarios concernidos

Igual que bajo el RDL 15/2020, los arrendadores afectados por la norma son entidades públicas de vivienda y “grandes tenedores”, manteniéndose la definición de éstos que se daba por el RD Ley 15/2020. Los arrendatarios que pueden beneficiarse del régimen excepcional son pymes y autónomos que reúnan las condiciones del art. 3. A diferencia de lo previsto en el RDL 37/2020 (suspensión de los desahucios de arrendatarios de vivienda), no está prevista la intervención “compensatoria” de los poderes públicos, de tal manera que el sacrificio económico impuesto a los arrendadores queda sin compensación. La norma presupone un contrato de arrendamiento de uso distinto de vivienda (con la eterna duda de si los arrendamientos de industria pertenecen a aquella clase), que se haya celebrado bajo la vigencia de la LAU/1994, no un arrendamiento vivo y regido por la Disp. Transitoria 3ª de la LAU. Creo que la norma no se aplicará si el contrato contempla prestaciones mixtas (vgr. un arrendamiento *ad meliorandum*, un reparto de ganancias comerciales en aparcería industrial, etc) ni tampoco cuando el contrato de arrendamiento esté coligado con otro contrato distinto entre las mismas partes (por ejemplo, una coligación entre arrendamiento y distribución comercial). No debe leerse el art. 1.2 (que se refiere a otra realidad) como si permitiera en estos casos un *dépeçage* de la relación unitaria. Igual que ocurre con los desahucios de arrendamientos de viviendas en el RD Ley 37/2020, las medidas de gracias del RD Ley 35 pueden ser disfrutadas por arrendatarios que en el momento relevante se encuentren en situación de incumplimiento contractual; pero no se paralizaría la acción resolutoria o de desahucio ya instadas, aunque se solicitase la aplicación de estas medidas (incluso en contestación a la demanda, o en la vista del desahucio). En el tiempo de la litispendencia el arrendatario no podría disfrutar de moratorias ni de condonaciones sobrevenidas.

“Podrá extenderse hasta un máximo de cuatro meses”

A contar desde que termine el estado de alarma (o sus prórrogas) en la fecha señalada en el RD 926/2020. No era así en el RDL 15/2020, ya que esta extensión dependía de que “aquel plazo fuera insuficiente en relación con el impacto provocado por el COVID-19”. La solución actual es preferible, porque elimina las incertidumbres y costes de transacción ínsitos en cualquier disputa relativa a si persiste o no el “impacto” del COVID. Pero también se expresa mal. El verbo potestativo (“podrá”) es improcedente, porque la continuidad no depende de ninguna condición de ocurrencia posterior a la entrada en



vigor de la norma. Claro que el arrendatario podrá renunciar a prolongar su derecho, renuncia que será válida dentro y fuera del tiempo de estado de alarma.

Existencia de acuerdo alternativo

En el modelo 15/2020, la existencia de un acuerdo, previo o posterior a la entrada en vigor de la norma, excluía la aplicación de la moratoria legal. Se suponía que se trataba de un acuerdo previo (“ya”), aunque obviamente podía existir un acuerdo posterior a la entrada en vigor de la norma. En el RD Ley 35/2020 la cosa cambia para mal. Es seguro que se parte también de la existencia de un acuerdo que sea previo, pero ahora se establece que el acuerdo en cuestión no impedirá la aplicación de la opción legal si el tiempo de duración del acuerdo no se extiende por todo el estado de alarma y cuatro meses más. La innovación actual es desacertada. Primero, porque atenta a la libertad contractual: como ese acuerdo previo es indudablemente un acuerdo alcanzado “en tiempos del COVID”, las partes ya se representaban la realidad de la epidemia y la incidencia negativa en el volumen de negocio; no hay “nuevas circunstancias” sobrevenidas que puedan justificar un replanteamiento legal de este acuerdo. En segundo lugar, la norma presupone, con simpleza, que las partes se habrán limitado a llegar a acuerdos de moratoria temporal o de condonación parcial hasta el 50%. ¿Pero y si hay otros extremos en el contenido del acuerdo o la condonación es por otra cifra? Por ejemplo, se baja la renta un 40% durante toda la vigencia del contrato, se baja la renta un 60% durante cuatro meses, se baja la renta un 20% durante la próxima anualidad, etc. ¿Y si se condona la renta parcialmente por todo el tiempo impuesto por la norma nueva, pero por una cantidad inferior al 50%? O se condonan los gastos de comunidad. O se concede al arrendatario que la renta (no minorada ni prorrogada) será imputable en un 50% al pago de precio de una opción de compra implícita, o se llega con él a un acuerdo sobre el pago de las mejoras en la finca. En cualquier caso en que el acuerdo contenga este contenido atípico, no se podrá aplicar “por el tiempo restante” la norma legal supletoria imperativa. En ningún caso se aplicará, tampoco, si el acuerdo de moratoria o condonación “limitadas” es celebrado después de la entrada en vigor del RD Ley 35/2020. Y queda el caso difícil de una condonación acomodada al tiempo de la norma nueva pero inferior al 50% de la renta actual. ¿Procederá entonces una reducción legal suplementaria de la renta por todos los meses hasta llegar al 50% de la renta de origen? *No procederá*, porque escapa del supuesto de hecho del art. 1.4, que es una norma contraria a Derecho común, no susceptible de analogía.

¿Pacto en contrario?

El pacto de las partes contrario a la aplicación de las medidas del RDL 35/2020 es ineficaz, si tiene lugar antes de la entrada en vigor de esta norma (por ejemplo, un



arrendamiento celebrado en el tiempo que media entre los RRDD Leyes 15 y 35/2020). No tiene sentido cuestionarse si sería válido un pacto en contrario posterior a la entrada en vigor de la norma. No sólo porque el arrendatario sólo dispondría de una modesta ventana de tiempo para solicitar las medidas legales (hasta el 31 de enero), sino, por razones más sólidas, *porque ningún arrendamiento de fecha posterior a la entrada en vigor del RDL 35 estará sujeto a esta norma*. Es evidente: en contemplación de las medidas que contiene la norma, las partes pactan la renta que consideran oportuna, y sería absurdo que inmediatamente después pudiera pedir el arrendatario moratoria o condonación.

“Gastos de servicios de mantenimiento o de otro tipo y de los cuales el arrendatario se beneficia”

Ni la moratoria ni la condonación afectarán a estas cantidades. Pero el supuesto de hecho no es claro. Es evidente que las medidas de gracias no afectarán al coste de servicios y suministros individualizados que el arrendatario sufrague directa o indirectamente. Pero en otros casos (vgr. gastos de comunidad del centro comercial), que hayan sido repercutido al arrendatario por contrato, habrá que determinar previamente si son costes de los que se beneficia el arrendatario. Es probable que la respuesta sea positiva en la mayoría de los casos, pero no necesariamente en todos. ¿Y qué pasa si se trata de costes que no le “benefician”? Parece que entonces estarían expuestos a la moratoria / condonación parcial. Mas no será así. Un arrendatario que, además de la renta y las cantidades asimiladas más los costes de comunidad, paga al arrendador una cantidad por un concepto atípico (vgr. para prorratear los gastos de publicidad del centro comercial), es un arrendatario que ha celebrado un contrato con prestaciones mixtas, y la materia no arrendaticia no debe quedar afectada por el RD Ley 35/2020.

Actualización de la renta

Salvo que otra cosa se convenga por acuerdo, la base de cálculo de la actualización de la renta será el montante de renta previa a la condonación parcial, tanto durante el disfrute de esta ventaja por el arrendatario como después de que haya cesado.

Desaparición sobrevenida de las condiciones subjetivas

Estas condiciones se establecen, para los arrendatarios, en el art. 3, distinguiendo entre autónomos y pymes; para los arrendadores, en el art. 1 (concepto de “gran tenedor”). Aparte de los casos en que la actividad comercial haya estado suspendida por decisión administrativa, la condición subjetiva relevante en el arrendatario es que se acredite la “reducción de la facturación del mes natural anterior al que se solicita el aplazamiento o reducción de la renta en, al menos, un 75 por ciento, en relación con la facturación media



mensual del trimestre al que pertenece dicho mes referido al año anterior”. La mejora sobrevinida de esta facturación en los meses posteriores a la solicitud del arrendatario no altera la procedencia ni el alcance de las medidas. Tampoco afecta a la moratoria/condonación que el arrendador haya dejado de ser un “gran tenedor” *a partir del momento de la solicitud del arrendatario*. Hasta ese momento, la pérdida de la condición de gran tenedor afecta a la aplicación de la norma, esto es, entre 24 diciembre y el día de la solicitud del arrendatario (anterior a 31 enero). Evidentemente, la moratoria se pierde con la resolución del contrato fundada en (otro) incumplimiento del arrendatario, pero no por la simple situación de incumplimiento. Pero la condonación ya convenida no se pierde retroactivamente ni siquiera por resolución debida a incumplimiento.

Pero hay una excepción

A la última idea que se acaba de exponer. A saber, cuando la condonación parcial es la contraprestación sinalagmática de una prestación nueva prometida por el arrendatario en el “acuerdo COVID”. Así, las partes acuerdan una condonación parcial de la renta a cambio de que el arrendatario se haga cargo del alquiler del local vacante contiguo. Al incumplir esta obligación, el arrendador puede resolver este acuerdo novatorio con efectos retroactivos.

El traspaso del negocio producido en tiempo intermedio

Importa saber en caso de condonación parcial temporal cuál es la base de cálculo de la renta a efecto de los incrementos a que se refiere el art. 32 LAU en caso de traspaso del negocio. Creo que, en rigor, la solución debe ser previa. El traspaso en el tiempo relevante (estado de alarma + cuatro meses) ponen fin a la moratoria o condonación, que no deben favorecer al cesionario, reúna o no las condiciones del art. 3, y al que se repercutirán en su caso los aumentos de renta prescritos en la LAU. Tampoco (salvo pacto) está sujeto el cesionario a pagar la renta incrementada en los meses que siguen al período de suspensión, ni se puede resolver contra él por este concepto.

¿Es posible acudir a una medida exoneratoria más allá del RD Ley 35?

En mi opinión, no se puede acudir por el arrendatario a la jurisdicción civil con la pretensión de que con la regla *rebus sic stantibus* se le procure un remedio todavía más beneficioso que el contenido en el RD Ley. Fuera de la intervención del legislador, y en la medida querida por éste, *rebus sic stantibus* sería una regla improcedente para el presente conflicto, sin que proceda entrar ahora en más detalles sobre este extremo. Que no pocos tribunales piensen lo contrario sólo prueba cuánto están equivocados.



Los establecimientos cuya actividad ha sido suspendida

Aquí sí existe un remedio que alcanza más allá de las medidas de gracia del RD Ley. Si el arrendatario no ha podido prestar su actividad a causa de un *factum principis* (¡no por normas de aforo o toques de queda!), no es deudor de la renta contractual durante todo el tiempo en que esta actividad ha estado impedida. Por mucho que el RD Ley, impropia, como es ordinario, considere que suspensión de actividad y reducción de facturación deben someterse al mismo régimen, la verdad es bien distinta (cfr, CARRASCO, *Permítame que le cuenta la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor*, Centro de Estudios de Consumo-UCLM, abril 2020). La circunstancia de que sistemáticamente las normas presupongan lo contrario no es reveladora de la validez de la tesis adversa, sino de cuánto proliferan en esta escuálida piel de toro los lobbistas y los necios.

Arrendador insolvente

Las medidas previstas en el RD Ley no resultarán de aplicación cuando la persona arrendadora se encuentre en concurso de acreedores o cuando, como consecuencia de la aplicación de las medidas previstas en dicho artículo, *el arrendador se encuentre en probabilidad de insolvencia o ante una insolvencia inminente o actual*. Parece ser que una insolvencia inminente no es lo mismo que una insolvencia meramente probable (cfr. art. 2.3 TR LCon). Pero probable ha de ser más que posible (todo empresario se encuentra hoy ante una insolvencia posible). En cualquier caso, esta cuestión devendrá contenciosa, si el arrendador lo quiere, por lo que no tendrán sentido los plazos de siete días para responder a la solicitud, y ni siquiera los plazos de duración legal de las medidas de gracia, si ha de discutirse ante un juez civil (no mercantil) si el arrendador se encuentra en insolvencia probable, que, repárese, no requiere que el arrendador haya solicitado un beneficio preconcursal de plazo de negociación ni haya acudido ya a un acuerdo de refinanciación.

Solapamiento en el tiempo

En este punto habría tres extremos a considerar. Primero, si cabría la aplicación de las nuevas medidas a partir de enero de 2021 cuando todavía estuviera vigente una moratoria automática del RDL 15. Afortunadamente este problema no existe. Por razones temporales no es posible que a fecha de enero de 2021 sobreviva ninguna moratoria amparada en la norma precedente. Pero sí puede sobrevivir el “halo” de la norma, y entramos en el segundo extremo. Me explico: puede ocurrir (ocurrirá, sin duda) que en enero de 2021 el arrendatario que gozó de la moratoria anterior haya empezado a pagar la sobre-renta por la derrama de los antiguos alquileres. ¿Podrá pedirse una nueva moratoria, ahora de las rentas incrementadas por la derrama? ¿Podrá pedirse una



condonación parcial de estas rentas incrementadas? *En mi opinión, es indudable que no puede hacerse.* Y con ello paso al tercer extremo de la duda, que soluciono de modo perentorio: *no se pueden acumular moratorias del 15 con moratorias/condonaciones del 35.* El que disfrutó la primera no puede disfrutar de la segunda. Es cierto que esto no se insinúa en la norma ni en la Exposición de Motivos – tampoco lo contrario-, pero no porque se dé por contada la compatibilidad de medidas, sino por simple incuria (el Gobierno legislador ignora lo que hace, sus motivos y sus consecuencias). En la medida en que todas estas medidas cursan a costa de una parte contractual, como expropiación redistributiva sin justiprecio, no adivino justificación para que se patrocine una regla de cúmulo.

Fiadores

A diferencia de la mención expresa a los fiadores en la normativa COVID/moratorias de deuda (cfr. art. 8.2 RD Ley 8/2020), nada se dice en ésta de la posición que quedan los fiadores del arrendatario que han conseguido una moratoria o una condonación parcial. En mi opinión, la respuesta es diversificada. La moratoria beneficia a los fiadores, la condonación parcial no. En este último caso, cuando el fiador pague la renta ordinaria, no se podrá subrogar salvo por la renta resultante de la condonación. Lo mismo ocurrirá aunque ejercite la acción de reembolso. En el conflicto entre el acreedor condonante y el fiador de rentas, sucumbe éste, porque él asumió en el contrato el riesgo de la renta mientras que el arrendador no asumió el riesgo de una condonación legal.

¿Se aplica este RD Ley en Cataluña?

Cataluña quiso adelantarse al Estado sacando a la luz en tiempo revuelto el Decreto Ley 34/2020, de 20 de octubre, sobre sedicente aplicación de la regla *rebus sic stantibus* a las rentas arrendaticias comerciales. Se trata de una norma de contenido y forma defectuosos (cfr. CARRASCO, *Alquileres catalanes anti-Covid. Una antología de derecho malo*, Centro de Estudios de Consumo-UCLM, octubre 2020). Pero más allá de esta condición, lo cierto es que no puede aplicarse ni conjunta ni preferentemente al RD L 35/2020, porque ni siquiera con la doctrina de la STC 13 noviembre 2019 puede pretenderse que una Comunidad Autónoma, cualquiera sea el nivel de su desarrollo legislativo civil, pueda regular el contenido de los arrendamientos urbanos *especiales*. Si no hubiera que propugnarlo ya como inconstitucional, se aplicaría en todo caso el art. 149.3 CE: en caso de conflicto *inter paribus* prevalece el Derecho del Estado. Y, evidentemente, no cabe acumular ventajas legales. Claro que esta propuesta no soluciona el inmenso caos que se producirá cuando los efectos de la norma estatal nueva choquen con una realidad contractual ya “ajustada” al Decreto Ley catalán. Otro efecto nefasto de la política cutre, de las alianzas peligrosas, de la demagogia y de la deslealtad institucional.



Final: una regla interpretativa

No es inusual el caso de acuerdos novatorios de condonación parcial de renta en tiempos del COVID. Imaginemos que un acuerdo de esta clase se produce después del 24 diciembre 2020, y no se especificó si la duración será limitada, en general, o limitada por el tiempo impuesto por el RD Ley. ¿Habrá que presumirse que las partes han acordado la condonación para todo el tiempo de duración del contrato o sólo para el arco temporal estado de alarma+cuatro meses? *Ceteris paribus*, la primera interpretación es la buena.