

Editorial

El Tribunal Supremo alemán, la pandemia y los arrendamientos de locales de negocios

-

Hace poco más de tres meses, el XII. *Zivilsenat* del Tribunal Supremo alemán ([Bundesgerichtshof](#) o BGH, en la abreviatura habitualmente empleada) hubo de determinar si la renta debida por un arrendamiento de local de negocio era exigible –y si lo era, en qué medida– durante el período o períodos de cierre forzoso de determinadas actividades comerciales durante la pandemia por Covid-19.

En el caso resuelto por la [sentencia del BGH de 12 de enero de 2022 \(XII ZR 8/21\)](#), la arrendataria, demandada por su arrendador y recurrente ante el BGH, se negaba a pagar la renta durante el tiempo en que el local estuvo cerrado al público a consecuencia de las medidas adoptadas por los gobernantes de aquel país para la contención de la pandemia por Covid-19.

El contrato de arrendamiento se había firmado en septiembre de 2013. Incluía un local, ubicado en una localidad del estado de Sajonia y destinado a un negocio de venta de ropa y artículos para el hogar, un almacén y un espacio para plazas de aparcamiento de vehículos. Desde enero de 2019, la renta mensual era de 7.584 euros.

En el mes de marzo de 2020, las autoridades del estado federal de Sajonia decretaron, entre las medidas de contención de la pandemia, el cierre de los negocios considerados como prescindibles o «no esenciales». Entre ellos, el de la arrendataria. El cierre apenas se prolongó durante unos días de ese fatal mes de marzo de 2020, pero la interrupción fue suficiente para que la explotadora del negocio considerara que la imposibilidad temporal de ejercicio del comercio le habilitaba a no pagar la renta correspondiente a ese mes.

La arrendadora y demandante exigía el pago de la renta, con los intereses de demora y la condena al pago de las costas. La pandemia no era causa prevista en el contrato para la suspensión del pago. Es más, el contrato incluía una cláusula que exoneraba de responsabilidad al arrendador en caso de interrupción de suministros y de catástrofes que afectaran al local.¹ Una previsión que, a juicio de la arrendadora, trasladaba el riesgo derivado de la pandemia a la arrendataria. Esta, por otra parte, se había beneficiado de las ayudas públicas aprobadas por las autoridades alemanas para paliar los

¹ La cláusula, tal y como la transcribe la sentencia preveía que: «Wenn die Gas-, Strom-, und Wasserversorgung oder Entwässerung durch einen nicht von dem Vermieter zu vertretenden Umstand unterbrochen wurde oder wenn Überschwemmungen oder sonstige Katastrophen eintreten, steht dem Mieter ein Recht auf Mietminderung oder Schadenersatz nicht zu.»

efectos negativos de los confinamientos, totales o parciales, y el beneficio de tales ayudas le impedía, además, ahorrarse el pago de la renta del mes en que se concentraron las medidas más restrictivas de lucha contra la expansión de la enfermedad.

La arrendataria, que había pagado las rentas anteriores al cierre forzoso del local y pagó las posteriores, entendía, por su parte, que la decisión de las autoridades sanitarias que le impidió abrir el local al público durante algunos días del mes de marzo de 2020 era un supuesto análogo al previsto en el §536 del Código civil alemán (BGB). Conforme a ese precepto, el arrendatario puede suspender el pago de la renta o instar una reducción de su importe en caso de que los defectos de la cosa impidan el uso para el que fue arrendada.²

La arrendataria apelaba también al §313 BGB sobre la alteración de la base del negocio jurídico. El precepto³ es, en el ordenamiento alemán, el fundamento legal que permite la modificación del contrato afectado por una alteración sobrevenida de circunstancias y sobre el que esta revista ha dado cuenta en varios trabajos ya publicados (entre otros, [aquí](#), [aquí](#) y [aquí](#)). En aplicación de aquella norma, la demandada instaba la adaptación del contrato a las limitaciones impuestas a resultas de la pandemia.

El *Landgericht* de la ciudad de Chemnitz resolvió el caso en primera instancia. En su sentencia de 26 de agosto de 2020, estimó en parte la demanda y condenó a la arrendataria pagar 3.720,09 euros, más intereses y costas procesales. La cantidad era el resultado de ajustar la renta inicialmente pactada a los días en que el negocio pudo funcionar durante el mes de marzo de 2020, con reducción de la correspondiente a los días de cierre forzoso.

La decisión no satisfizo a ninguna de las partes. Sus recursos fueron resueltos por la sentencia de 24 de febrero de 2021 del *Oberlandesgericht* de Dresden. El tribunal consideró que el cierre forzoso del local no era subsumible en el supuesto del §536 BGB. En aquella norma, la causa que impide

² El precepto, en su versión original, dispone que: «(1) Hat die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit. Für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht.

(1a) Für die Dauer von drei Monaten bleibt eine Minderung der Tauglichkeit außer Betracht, soweit diese auf Grund einer Maßnahme eintritt, die einer energetischen Modernisierung nach § 555b Nummer 1 dient.

(2) Absatz 1 Satz 1 und 2 gilt auch, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt.

(3) Wird dem Mieter der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache durch das Recht eines Dritten ganz oder zum Teil entzogen, so gelten die Absätze 1 und 2 entsprechend.

(4) Bei einem Mietverhältnis über Wohnraum ist eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung unwirksam.»

³ Cuyo tenor literal en el BGB es el siguiente: «(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.»

al arrendatario el disfrute de la cosa arrendada debe ser imputable al arrendador; y no lo es una medida de sanidad pública en el marco de una pandemia.⁴

Por otra parte, seguía el tribunal, la pandemia es un supuesto que las partes no pudieron contemplar en el contrato. Por tanto, en el razonamiento de los magistrados, la alegación de la demandante basada en una eventual aplicación de la causa de exoneración de su responsabilidad en supuestos catastróficos, no puede entenderse aplicable al caso.

A la vez, y sin perjuicio de lo anterior, el caso se corresponde con la lógica y ámbito de aplicación de las reglas sobre la alteración sobrevenida de circunstancias que regula el §313 BGB. No se trata de uno de los riesgos previsibles (el tribunal emplea el calificativo «normal») que pueden afectar al uso y disfrute de la cosa arrendada, sino de una intervención pública en las actividades económicas y sociales por razones de salud general.⁵ La «base del negocio» (en la expresión que emplea el §313 BGB) se ha visto perturbada y el contrato debe someterse a la adaptación pertinente.

El razonamiento del tribunal se benefició de una de las normas de emergencia dictadas por el legislador alemán durante la pandemia. Desde el 31 de diciembre de 2020, el artículo 240 § 7 de la *Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (EBGB) dispone que:

(1) Sind vermietete Grundstücke oder vermietete Räume, die keine Wohnräume sind, infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar, so wird vermutet, dass sich insofern ein Umstand im Sinne des § 313 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat. [...]

La norma, que es posterior a los hechos que dieron lugar al caso y de la decisión de la primera instancia pero anterior a la decisión del tribunal de Dresden, presume que el cierre de locales comerciales impuesto por medidas públicas de control de la pandemia por Covid-19 es un supuesto de alteración sobrevenida de las circunstancias en el sentido en que el §313 BGB se refiere a ese supuesto. Es decir, que las medidas de contención que supusieron el cierre de

⁴ «Ein zur Minderung der Miete führender Mietmangel sei durch die staatlich angeordnete Schließung nicht begründet worden. Ohne die staatliche, nicht objektbezogene und von der Klägerin nicht zu beeinflussende Anordnung sei das Mietobjekt uneingeschränkt nutzbar und die Mieträume seien –im Rahmen der Beschränkungen der Corona-Schutzverordnung- frei zugänglich gewesen. Lediglich die von der Beklagten beabsichtige Verwendung sei – vom Mietobjekt unabhängig- untersagt gewesen. Auch wenn Störungen, die außerhalb der Mietsache liegen, grundsätzlich einen Mangel begründen können und für den hier vereinbarten Betrieb eines Textileinzelhandelsgeschäfts die Möglichkeit des Zugangs des Publikums eine Voraussetzung sei, werde dem Vermieter damit nicht das Risiko der objekt- und lageunabhängigen Nutzbarkeit der Mieträume übertragen» (párrafo 10).

⁵ «Das normative Element des § 313 Abs. 1 BGB sei ebenfalls erfüllt. Es gehe nicht um ein „normales“ Risiko der Gebrauchstauglichkeit bzw. der Verwendung des Mietobjekts durch den Mieter, sondern um weitgehende staatliche Eingriffe in das soziale und wirtschaftliche Leben aufgrund einer Pandemie, die als Systemkrise eine Störung der großen Geschäftsgrundlage sei. Das mit der Störung der großen Geschäftsgrundlage verbundene Risiko könne regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden. Von der vertraglichen Risikozuweisung werde deshalb dieses von den Vertragsparteien nicht vorhergesehene und die Geschäftsgrundlage des Vertrags betreffende Geschehen nicht erfasst. Das Festhalten am unveränderten Mietvertrag sei der Beklagten nicht zumutbar, weshalb der Mietvertrag nach § 313 Abs. 1 BGB entsprechend anzupassen sei» (párrafo 14).

negocios abiertos al público alteraron, quebraron, la base negocial tomada en consideración por arrendador y arrendatario en el momento en que contrataron.

Para el tribunal la necesaria adaptación del contrato a esas nuevas circunstancias pasaba por distribuir el riesgo por partes iguales entre ambos contratantes (pues a ninguno le era imputable el riesgo que les afectó) y reducir la renta exigible y debida a la mitad: «Vorliegend sei eine Absenkung der Kaltmiete um 50% gerechtfertigt, weil keine der Vertragsparteien eine Ursache für die Störung der Geschäftsgrundlage gesetzt oder sie vorhergesehen habe» (párrafo 15).

La decisión tampoco agradó a las partes, pues ambas instaron su revisión ante el Tribunal Supremo alemán. El asunto fue asignado a su Sala (*Senat*) XII (dedicada a derecho de familia y de arrendamientos) y el BGH, tras resumir los argumentos de la sentencia recurrida anuncia su disconformidad con la decisión («Diese Ausführungen halten in einem wesentlichen Punkt der rechtlichen Nachprüfung nicht stand», afirmó la Sala con rotundidad). La decisión fue anulada y, conforme a las reglas de la casación alemana, se ordenó al tribunal recurrido la revisión de su decisión en los términos decididos por el BGH.⁶

El BGH coincide en afirmar que el arrendador no puede ser responsable de las medidas públicas adoptadas con motivo de la pandemia. Por tanto, y pese a la controversia existente sobre el tema en la doctrina y jurisprudencia alemanas, el §536 BGB, que habilita al arrendatario a dejar de pagar en todo o en parte la renta durante el tiempo en que el objeto arrendado no pueda ser destinado al uso para el que se arrendó, no es de aplicación al caso. El caso no supone, sin embargo, una exclusión de la aplicación del precepto. El arrendador sigue obligado a mantener la aptitud de la cosa para el uso para el que fue arrendada y responde, en los términos del precepto indicado, en caso de incumplimiento de tal obligación.

En lo que discrepó el BGH –y mucho- fue en la aplicación automática del §313 BGB y la forma de adaptar el contrato a las circunstancias sobrevenidas tras su conclusión. La pandemia y sus medidas de contención son causa que explican la alteración. Así lo dispuso el legislador alemán y nada objetó al respecto el BGH. Sin embargo, el legislador se limitó a establecer una presunción («so wird vermutet» prevé el artículo 240 §7 EBGB) y esa presunción no permite la aplicación de la regulación sobre la alteración de la base del negocio sin atender a las circunstancias concretas de cada caso.⁷

⁶ El fallo del BGH, cuyo razonamiento se explica en las páginas siguientes, fue: «a) Die durch die COVID-19 Pandemie bedingte Schließung eines Einzelhandelsgeschäfts führt nicht zu einem Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dem Vermieter wird dadurch die vertraglich geschuldete Leistung zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand auch nicht ganz oder teilweise unmöglich.

b) Im Fall einer Geschäftsschließung, die auf einer hoheitlichen Maßnahme zur Bekämpfung der COVID-19 Pandemie beruht, kommt grundsätzlich ein Anspruch des Mieters von gewerblich genutzten Räumen auf Anpassung der Miete wegen Störung der Geschäftsgrundlage gemäß 313 Abs. 1 BGB in Betracht.

c) Bei der Prüfung, ob dem Mieter ein Festhalten an dem unveränderten Vertrag unzumutbar ist, verbietet sich eine pauschale Betrachtungsweise. Maßgeblich sind vielmehr sämtliche Umstände des Einzelfalls. Daher sind auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich der pandemiebedingten Nachteile erlangt hat.»

⁷ «Dabei kann eine Anpassung nur insoweit verlangt werden, als dem einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann» (párrafo 42).

Es evidente para el BGH que las partes del contrato en disputa no pudieron prever en el año 2013 la pandemia por Covid-19 y las medidas adoptadas para su control («Unstreitig hatte keine der Parteien bei Abschluss des Mietvertrags im Jahr 2013 die Vorstellung, während der vereinbarten Mietzeit werde es zu einer Pandemie und damit verbundenen erheblichen hoheitlichen Eingriffen in den Geschäftsbetrieb der Beklagten kommen, durch die beabsichtigte Nutzung der Mieträume eingeschränkt wird» (párrafo 45).

Por ese motivo, la exoneración contractual del arrendador ante riesgos extraordinarios incluida en el contrato de arrendamiento no puede ser de aplicación al caso: «Nach ihrem eindeutigen Wortlaut bezieht sich diese Regelung nur auf Mängel- und Schadenersatzansprüche des Mieters. Da Vertragsbestimmungen, mit denen die Mietvertragsparteien die Risikoverteilung abändern wollen, grundsätzlich eng auszulegen sind, kann aus dieser Regelung nicht geschlossen werden, dass die Beklagte über den umfangreichen Verzicht auf mietrechtliche Gewährleistungsansprüche in den von der Vertragsbestimmung erfassten Ereignissen hinaus auch im Fall einer weltweiten Pandemie das alleinige Risiko dafür übernehmen wollte, die Mietsache nicht vertragsgemäß verwenden zu können» (párrafo 51).

La pandemia no es un riesgo empresarial, concluye el BGH: «Die wirtschaftlichen Nachteile, die ein gewerblicher Mieter aufgrund einer pandemiebedingten Betriebsschließung erlitten hat, beruhen nicht auf unternehmerischen Entscheidungen oder der enttäuschten Vorstellung, in den Mieträumen ein Geschäft betreiben zu können, mit dem Gewinne erwirtschaftet werden. Sie sind vielmehr Folge der umfangreichen staatlichen Eingriffe in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, für die keine der beiden Mietvertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann» (párrafo 55).

Por tal motivo, las medidas adoptadas en el marco de la pandemia han ido acompañadas de ayudas públicas, directas e indirectas, que han intentado compensar en alguna medida las pérdidas económicas causadas por las medidas de contención de la enfermedad. Desconocer esa realidad, concluye el BGH, podría llevar a una sobrecompensación de las desventajas sufridas por los arrendatarios. Y lo que es más relevante a los efectos que ahora interesan: la dimensión real del efecto que la pandemia haya tenido en el contrato –la dimensión de la alteración de la base del negocio a los efectos de aplicación del §313 BGB– supone tener en cuenta esas ayudas y la medida en que han paliado los perjuicios causados por las medidas ordenadas por las autoridades sanitarias.⁸

Por ese motivo, el arrendatario que inste una reducción o supresión de la renta debida por el cese temporal de su actividad a consecuencia de las decisiones públicas de contención de la pandemia debe probar las pérdidas efectivamente sufridas, la medida en que estas hacen imposible el pago por completo de la renta debida y las prevenciones que ha adoptado para paliar las consecuencias negativas causadas por esas decisiones públicas: «Im Falle einer pandemiebedingten Geschäftsschließung muss daher der Mieter darlegen und gegebenenfalls beweisen, welche Nachteile ihm aus der Betriebsschließung entstanden sind, die ihm eine vollständige Mietzahlung für diesen Zeitraum unzumutbar machen, und welche zumutbaren Anstrengungen

⁸ «Da eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage aber nicht einer Überkompensierung der entstandenen Verluste führen darf, sind bei der Prüfung der Unzumutbarkeit grundsätzlich auch die finanziellen Vorteile zu berücksichtigen, die der Mieter aus staatlichen Leistungen zum Ausgleich dieser pandemiebedingten Nachteile erlangt hat» (párrafo 59)

er unternommen hat, um drohende Verluste auszugleichen» (párrafo 61). Tales son los contornos de aplicación, concluye el BGH, de la aplicación de la regulación de la alteración de la base del negocio a los contratos de arrendamiento de local de negocio con motivo de la pandemia. Al menos, en Alemania.

Carlos Gómez Ligüerre