

Estrategias contractuales para defenderse de la reciente y «perturbadora» doctrina jurisprudencial sobre la cláusula *rebus sic stantibus*

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

La sentencia de casación

La Sentencia del Tribunal Supremo 591/2014, de 15 de octubre, estima parcialmente el recurso de casación contra la sentencia confirmatoria de la sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de junio del 2012.

Entre las partes se celebró un arrendamiento de edificios para destino hotelero fechado el 25 de febrero de 1999. La demandada se obligaba a construir en un solar tres distintos bloques, uno destinado a hotel de dos o tres estrellas (IBIS —bloque H3—), otro segundo hotel de cuatro estrellas (Novotel —bloque H4—) y un tercer bloque destinado a apartotel (bloque AH), que no es objeto de los contratos de arrendamiento y que fue cedido a otra empresa hotelera. La actora se obligaba a ocupar como arrendataria los dos bloques de edificación mencionados y destinados al servicio de hostelería.

Estaba prevista una duración de veinticinco años desde la entrega de la posesión, con prórrogas quinquenales, salvo que una de las partes manifestara su desistimiento con una antelación de doce meses. A partir del décimo año del contrato podría el arrendatario desistir de él, indemnizando al arrendador con el 15 % de las rentas que éste hubiera percibido en caso de cumplirse el contrato por la duración de veinticinco años. Si el arrendatario resolviese antes de los diez años, debería incrementar aquella cantidad con la renta total anual que se hubiera de devengar hasta el cumplimiento del décimo aniversario.

Como pretensión subsidiaria de la demanda, la arrendataria, Accor Hoteles, reclamaba una

modificación del contrato para restablecer el equilibrio de las prestaciones recíprocas, quedando reducidas las rentas anuales en un 33 % y un 29 % en los Hoteles Novotel e Ibis respectivamente (posteriormente se desiste del recurso en cuanto a Novotel), reducción que habría de contar desde la fecha de la demanda o subsidiariamente desde la sentencia. Todavía con carácter subsidiario se pedía que se tuviera por desistido el contrato conforme a lo acordado y que se moderase la pena del 15 % prevista para esta contingencia. La demanda fue desestimada por sentencias de primera y segunda instancia del 2011 y 2012 respectivamente.

Según la sentencia de casación, no procede moderación de la cláusula penal, ya que, de acuerdo con la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril del 2014, la facultad de moderación no puede aplicarse a las «penas» (correctamente, «multas penitenciales») que no tienen el incumplimiento del deudor como supuesto de hecho, como es el presente, en que se penaliza (*sic*) el desistimiento unilateral en la forma prevista en el contrato, pero no un «incumplimiento» contractual.

Pero la Sala estima el motivo sexto de casación, referido a la incorrecta inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, conforme a la doctrina que sigue.

Según la Sala, «en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de esta figura en torno a un marco de aplicación sumamente restrictivo». La sentencia apela, en contra, al «ajuste de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico»,

que conduce a una aplicación de la figura jurídica «plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación negocial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte afectada». Esta reciente tendencia es «reconoscible ya en las SSTs de 17 y 18 de enero del 2013», en donde se declara que «la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, ha tomado cuerpo en la reciente sentencia de 30 abril del 2014 con una detallada fundamentación de la figura». (Advierto de pasada que esta afirmación es falsa en cuanto a las dos primeras sentencias citadas; ninguna de tales sentencias aplicó la cláusula *rebus* y además se trataba de contratos con consumidores.)

Según la sentencia del Tribunal Supremo, la sentencia de la Audiencia incurre en una petición de principio (!), que «también elude el necesario tratamiento casuístico de la cuestión debatida, esto es, la posibilidad de haber previsto una cláusula de revisión de la renta al respecto, dada la previsibilidad cíclica de las crisis económicas» (!).

Según la sentencia, «formó parte de la base económica del negocio» un contexto económico (entre 1999 y el 2004) de «inusitado crecimiento y expansión de la demanda acompañado, además, de una relevante promoción urbanística de la zona de ubicación de los hoteles». Aunque la parte arrendataria es una empresa experta en el sector y conocedora del riesgo empresarial de este negocio, «no se le puede imputar exclusivamente la falta de previsión acerca de la crisis económica...; su asignación como riesgo no puede caer sólo en la esfera de la parte en desventaja ni tampoco cabe establecer que razonablemente (*sic*) se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado. En la ciudad de Valencia, lugar de ejecución del contrato, el rendimiento por habitación hotelera cayó un 42,3 % en el año 2009, lo que produjo cierres y renegociaciones de renta de contratos en vigor». «De especial relevancia» se considera que la empresa arrendadora acceda en el 2010 a la formalización de un nuevo contrato con otra empresa hotelera (Hotusa) con una reducción del 50 % de

la renta inicialmente pactada en el 2000. «De ahí que la nota de imprevisibilidad no debe apreciarse respecto de una abstracta posibilidad de producción de la alteración o circunstancia determinante del cambio considerada en sí mismo, esto es, que la crisis económica es una circunstancia cíclica que hay que prever siempre, con independencia de las peculiares características y alcance de la misma en el contexto económico y social en el que incide» (!). Además se ha producido una excesiva onerosidad de la prestación, por un resultado reiterado de pérdidas económicas de cerca de tres millones de euros en el periodo 2005-2009, «frente al balance positivo de la empresa arrendadora, en torno a los 750 000 euros para el mismo periodo objeto de valoración» (!).

La sentencia opta por modificar el contrato y no resolverlo, y lo justifica como solución más congruente con el principio de conservación de los actos jurídicos. La reducción de la renta que se propone, del 29 %, «resulta ajustada al reequilibrio contractual», teniendo en cuenta que, a pesar de dicha reducción, la renta resultante sigue siendo un 20 % superior a la renta de mercado actual «y muy inferior a la rebaja del 50 % de la renta que la propietaria negoció con la otra cadena hotelera competidora de la actora». Esta rebaja de la renta tendrá vigencia para el periodo desde la fecha de presentación de la demanda hasta el final del año 2015, «por considerarse ajustado al contexto temporal especialmente afectado por la alteración de las circunstancias examinadas».

Valoración y estrategia

La Sentencia del Tribunal Supremo 591/2014 es criticable —igual que la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2014 que le sirve de precedente— y cualquiera puede advertir las repercusiones futuras de la doctrina que sienta. Con todo, ahora no tiene utilidad proceder a una crítica de la sentencia, que deberá hacerse en otro lugar, sino presentar una estrategia de negociación contractual futura en consideración a los riesgos y a las (aparentes) ventajas que semejante doctrina crean para una y otra parte de los contratos de arrendamiento de negocio o industria a largo plazo entre partes empresariales.

A continuación se dan algunas prescripciones de estrategia negocial, tomando como dada la doctrina de la sentencia. Se parte de un horizonte neutral: el cliente puede ser arrendador o arrendatario (para no hacer excesivamente larga esta nota, omitiré dar explicaciones o desarrollar argumentos

de apoyo a determinadas propuestas que *prima facie* podrían considerarse acaso extrañas):

1. No tiene sentido querer evitar los efectos de la sentencia mediante la aposición de una simple cláusula excluyente de la aplicación de la *rebus sic*. No porque la *rebus* sea imperativa, sino porque aquella eventual cláusula estaría sujeta a su vez a la *rebus*.
2. Menos sentido tiene aún reproducir en el contrato (aunque muchas veces se hace) la cláusula *rebus* o una cláusula de *hardship* similar a la *rebus*. Porque de nada sirve introducir una cláusula con conceptos jurídicos indeterminados si no se especifican simultáneamente sus condiciones concretas de aplicación.
3. La presente sentencia hace inviable para el futuro la pretensión (por otro lado razonable) de que con la introducción convencional de una cláusula de fuerza mayor debe interpretarse que las partes *no han querido* introducir una cláusula de traslado de riesgos «más potente» o «más amplia», como la *rebus*.
4. Pueden pactarse un rango y un techo de modificaciones que admisiblemente puede realizar un juez o árbitro en aplicación de la cláusula *rebus*.
5. Con más razón, puede pactarse (es una cláusula normal en contratos del sector energético) que la alteración sobrevenida de circunstancias sólo causará la modificación del contrato cuando el desbalance alcance o sobrepase un determinado porcentaje (en el sector energético, 15 % es un anclaje común).
6. Puede excluirse la cláusula *rebus* mediante el pacto —uni- o bilateral— por el que se concede un derecho de desistimiento por justa causa a la parte afectada por el riesgo sobrevenido. Incluso puede pactarse para este evento una multa penitencial (inferior siempre a la multa penitencial por desistimiento puro), esto es, un *break up fee* incluso para el ejercicio de un desistimiento por justa causa.
7. Pueden someterse las prestaciones económicas a índices (distintos del IPC) por los que se internalice en el contrato (negativa o positivamente) la alteración del valor de mercado de la prestación o contraprestación. Un índice de referencia fijado sobre el valor de los alquileres excluye la aplicación suplementaria de la cláusula *rebus*.
8. Pueden pactarse ajustes de la renta por tramos de tiempo, al alza o a la baja, en función de un contraste con mercado en cada caso vigente.
9. En teoría es válida la cláusula de exclusión de la aplicación de la cláusula *rebus*, pero siempre que se declare expresamente que las partes saben a lo que renuncian, con especial referencia a los riesgos típicos que quieren comprenderse en la declaración. Esta cláusula es válida, como lo es toda cláusula que «claramente» asigna un riesgo contractual a una de las partes.
10. Se pueden seleccionar en la cláusula con carácter excluyente los eventos cuya «ruptura» darán lugar a la aplicación de la cláusula *rebus*, Igual que ocurre en una cláusula MAC (cambios adversos relevantes).
11. Las partes pueden pactar que, si fuera de aplicación la cláusula *rebus*, la única opción disponible sería la resolución, sin que el juez pudiera proceder al ajuste o modificación del contrato.
12. Puede acordarse que, en caso de «modificación» judicial o arbitral, no sólo la prestación debida por el afectado se modifique, sino que se creen contrapesos compensadores para la parte adversa (*cf.*, que la cláusula penal se aumente, que los plazos de desistimiento libre se reduzcan, que se creen obligaciones accesorias, etc.).
13. No puede haber lugar a la aplicación de la cláusula *rebus* si se ha pactado (con uno u otro contenido) una cláusula de *material adverse change*. Esta cláusula asigna los riesgos correspondientes, y no puede aplicarse la cláusula *rebus* cuando los riesgos están correctamente asignados.
14. Es válido introducir un deber de negociar de buena fe (con plazo definido) antes de que la parte afectada pueda acudir a la vía judicial o arbitral correspondiente.
15. A pesar de que la argumentación errática de la sentencia no permita hacer pronósticos seguros, debe ser válida la cláusula que

permita acudir a la regla *rebus* al deudor de la prestación «característica», pero no a la contraparte deudora de una contraprestación en dinero.

16. Si no se toman las medidas o prevenciones expuestas, los contratos a largo plazo perderán mucho valor y, por tanto, el interés por «pagar» por estos plazos largos.

Para más información consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com, o dirijase al siguiente *e-mail* de contacto: info@gomezacebo-pombo.com.

Barcelona | Bilbao | Madrid | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York