

La renuncia a la regla *rebus sic stantibus* en un contrato de compraventa de empresa

Se examinan los efectos contractuales y estratégicos que comporta una renuncia a la regla *rebus sic stantibus* en un contrato de compraventa de empresa.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

En un contrato de adquisición de acciones de una sociedad (SPA) se lee la siguiente cláusula:

It is acknowledged and agreed that the obligation of the parties to complete the sale and purchase of the shares on completion pursuant to the terms and conditions of this agreement shall in no event be affected by any change of circumstances that may take place in the economic and financial markets, by the evolution of the business after the signing date, by any change in the regulations (or their interpretation thereof or the practice of the relevant authorities), by the

covid-19 pandemic or any other pandemic, by the Ukrainian war or any other war or conflict or by any other fact or circumstance, even if any such change of circumstances was unforeseeable or unavoidable.

Hay que postular que una cláusula de este tipo es válida —y lo sería incluso en contratos con consumidores— porque el artículo 1105 del Código Civil (CC) permite que las partes asignen enteramente al deudor de la prestación el riesgo imprevisible del caso fortuito y porque en la única formulación de la regla *rebus* que existe en el sistema del Código Civil (art. 1575 CC: posible exoneración del pago de la renta por pérdida de los frutos de la

finca arrendada), expresamente se reconoce por ley que cabe el pacto en contrario a la exoneración.

Hasta tiempos presentes no era común encontrar una cláusula enteramente excluyente de la regla *rebus sic stantibus* en ningún contrato comercial y, desde luego, muy extraño encontrarla en un contrato de adquisición de acciones de una sociedad. ¿A qué responde su actual aparición? ¿Cubre alguna laguna que preexistiera en la praxis anterior? No lo creo.

Un contrato de adquisición de acciones de una sociedad no es un contrato que pueda aspirar a ser candidato a la aplicación de una cláusula *rebus*. De hecho, no existe ninguna ilustración en la amplísima jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por diversas razones: Primero, porque se trata de un contrato de tracto único y no de tracto sucesivo, sin exposición a los riesgos sobrevenidos propios de la larga duración. Segundo, porque el de compraventa es un tipo eminente de contrato en el que ordinariamente todos los riesgos posibles están ya distribuidos por la regla legal o contractual. Desde sus primeras formulaciones, el Tribunal Supremo excluyó que pudiera aplicarse la regla *rebus* cuando el contrato no sufría laguna en cuanto a la distribución del riesgo sobrevenido. Tercero, por lo que al comprador se refiere, la jurisprudencia ha decidido numerosas veces que el pago del precio acordado en la compraventa no puede estar sujeto a una contingencia de *rebus sic stantibus*. Y, cuando otra cosa se ha decidido, es porque existen razones adicionales y suficientes para que se provoque el cambio. Como en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Barcelona, de 26 de abril del 2021 (JUR 2021\190062): se aplicó la cláusula *rebus* para reajustar a la baja el precio de unas fincas cuya compraventa se iba a elevar a escritura. Pero ocurría que habían transcurrido quince

años desde la firma del documento privado, con una variación muy sensible del precio de los inmuebles en daño del comprador, como se demuestra en que los vendedores habían cedido el crédito por mucho menos que el precio de venta. Las viviendas se consideraron de segunda mano y no de primera ocupación dado el tiempo transcurrido y había que hacer obras para finalizar las viviendas que tendrían que acometer los compradores.

En lógica jurídica, la compraventa de acciones o participaciones es una venta civil (no comercial) de cosas que forman parte de un género limitado y, por ello, puede ser tratada como venta de cosa específica. Especialmente es el caso si el contrato de adquisición de acciones de una sociedad comprende todo el capital social disponible, pues no es preciso entonces realizar una especificación del género. En consecuencia (art. 1452 CC), desde que el contrato es perfecto —hay consentimiento sobre la cosa y sobre el precio, determinado o determinable—, se han trasladado los riesgos de la cosa al comprador. Si los riesgos de las acciones son ya del comprador, consecuentemente lo es también el riesgo de la empresa que la sociedad desarrolla. Con más precisión, la empresa es una fuente de riesgos que no pertenece al contrato como tal, pero que va asignada por accesoria al riesgo propio de los títulos o cuotas del capital.

En consecuencia, *ceteris paribus*, el comprador no se puede negar al cierre (consumación) de la compraventa a causa de contingencias de riesgo empresarial sobrevenido entre la compraventa y su consumación. Y, mucho menos, por contingencias posteriores a la consumación. Porque en todo contrato (no sólo de tracto único) los riesgos postconsumación son en todo caso riesgos del titular del activo de que se trate (postconsumación, *res perit domino*).

Un SPA no está sujeto a *rebus sic stantibus*

Naturalmente, las partes pueden pactar libremente sobre la asignación y traslado de riesgos y sobre el alcance o reparto del riesgo sobrevenido que se atribuye en el contrato.

Imaginemos que el contrato contiene, como es ordinario, *condiciones suspensivas de cumplimiento al cierre* y *condiciones suspensivas de cumplimiento previo al cierre* y posteriores a la fecha del contrato. En rigor, aunque en los modelos existentes en la práctica predomina la calificación de suspensivas, por razones prácticas estas condiciones deberían catalogarse de resolutorias. Si fueran propiamente suspensivas, no podrían siquiera existir obligaciones que cumplir por las partes en el tiempo intermedio durante el cual el vendedor siguiera poseyendo la empresa y el comprador todavía no hubiera pagado. Sería absurdo referirse a la existencia de *covenants* cuando quedaran por cumplir condiciones suspensivas al cierre.

No insistamos en la calificación correcta de estas condiciones porque a efectos prácticos la cuestión no suele tener importancia (salvo fiscal).

Supongamos que las condiciones son suspensivas al cierre y que una o varias de ellas no se cumplen. Según el artículo 1122 del Código Civil:

Quando las condiciones fueren puestas con el intento de suspender la eficacia de la obligación de dar, se observarán las reglas siguientes, en el caso de que la cosa mejore o se pierda o deteriore pendiente la condición:

1.^ª Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación. [...]

3.^ª Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor. [...]

5.^ª Si la cosa se mejora por su naturaleza, o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor.

6.^ª Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario.

La interpretación correcta de estas normas es que en caso de «pérdida» (no culpable), el vendedor se libera de entregar, pero el comprador puede resolver su obligación de pago por desaparición sobrevenida de la causa; en caso de «desmejora» no culpable, el riesgo es entero del comprador; en caso de «mejora» sobrevenida del valor de las acciones, la ventaja es del comprador. Está claro entonces que, sin necesidad de profundizar más, el riesgo del tiempo intermedio lo sufre el comprador cuando la contingencia de *rebus sic stantibus* no es una contingencia de «destrucción» de las cosas vendidas. Tal es así cuando las partes no hubieran pactado expresamente una cláusula de riesgo para el tiempo intermedio, bien una cláusula de cambios adversos relevantes (en inglés, *material adverse change* o MAC), bien una fórmula que tuviera en cuenta en todo o en parte las contingencias *rebus*.

Si las condiciones al cierre tuvieran que calificarse de resolutorias, el artículo 1122 del Código Civil establece que «en el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente». Es decir, la estructura del riesgo no se altera.

En consecuencia, la exclusión convencional de la aplicación de la regla *rebus sic stantibus* no tiene efectos prácticos en un contrato de adquisición de acciones de una sociedad.

Veamos ahora cómo puede afectar la exclusión convencional de esta cláusula a la estrategia de

las partes, suponiendo ahora por hipótesis que de modo natural se pudiera aplicar la regla *rebus* a un contrato de adquisición de acciones de una sociedad. En otras palabras, la diferencia estratégica de un contrato de este tipo con y sin cláusula *rebus*.

En mi opinión, tampoco existen grandes diferencias estratégicas y las que pudieran existir demuestran la superioridad de un mundo contractual *sin* regla *rebus*. Partamos de un contrato de adquisición de acciones de una sociedad al que se le aplicara la regla *rebus*. Si se hubiera producido el supuesto de hecho de esta regla (ocurrencia de riesgo imprevisible de alcance extraordinario en el equilibrio del contrato), las partes deberían negociar inicialmente una solución satisfactoria. Es lo que dicen los tribunales: primero negociar, luego atacar el contrato. Si no se alcanza un acuerdo, el juez podría *resolver* el contrato o *ajustarlo* a la nueva situación de riesgo. Si las partes negocian de buena fe y no encuentran un punto en el que el contrato podría seguir siendo (aunque menos) provechoso para las dos partes, al juez no le bastará resolver (terminar) el contrato sin más, porque ello *liberaría al deudor de todo el riesgo sobrevenido, cuyo coste injustamente se cargaría al acreedor*. Por tanto, además de resolver, el juez debería acertar a repartir el riesgo subsistente en forma de un deber parcial de pago al deudor de los costes de este riesgo. ¿Y cómo se hace eso? Supongamos que el *riesgo sobrevenido que se ha de repartir vale mil*. Si se le endosan cuatrocientos al acreedor, el juez tendrá que recomponer el contrato original

¿Cui prodest una renuncia a la *rebus*?

y aumentar los pagos debidos por el deudor, hasta el punto de que *ya* «*ex ante*» hubiera sido aceptable para el acreedor asumir este riesgo suplementario que, sin regla legal, es todo del deudor. Pero la solución a que finalmente conduce la regla *rebus* es irracional: resulta ahora que se predica de un juez la sapiencia y buena voluntad para encontrar *un punto de equidad* que las partes, que eran las más interesadas en ello, no han conseguido.

Si no existe cláusula *rebus* en el contrato de adquisición de acciones de una sociedad, las partes negociarían —por interés propio, no en cumplimiento de un supuesto mandato legal— para encontrar un punto en el que el contrato pudiera seguir siendo mutuamente provechoso. Es evidente que las partes son los sujetos más capacitados para examinar y poner precio a sus propios intereses. Mucho más que el juez. Y, si no encuentran este punto, es más eficiente dejar que el contrato se caiga —que se caerá, con ley o sin ella—. El deudor incumplirá, ciertamente, y estará sujeto a indemnizar daños y perjuicios, pero en el mundo real éste es un curso de futuro con el que nunca debe contar el acreedor racional. Si no hay cláusula *rebus*, las dos partes tienen incentivos extremos para negociar de buena fe hasta el límite de lo posible. Y más allá de este límite no tiene sentido hacer equidad intuitiva a golpe de sentencia. Si el acreedor puede salirse mediante una opción de negocio más provechosa para él que el «*reajuste*» que un juez officaría merced a la regla *rebus*, es de justicia dejarle que aproveche esa oportunidad de negocio alternativo.

Advertencia legal: El contenido de este documento no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.