

Tres recientes sentencias sobre (in)aplicación de 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

Es bueno que se produzcan en tan corto espacio de tiempo tres resoluciones del Tribunal Supremo que definitiva y clarivamente aciertan en cómo no se debe aplicar una cláusula rebus sic stantibus.

1. Arrendamiento a largo plazo con destino hotelero

El supuesto de hecho de la **Sentencia del Tribunal Supremo 19/2019 (Sección Primera), de 15 de enero**, es el siguiente. El 16 de abril de 1999, NH Hoteles S. A. celebró con Jardín un contrato por el que Jardín se comprometía a construir (en algo más de dos años) en un solar de su propiedad un edificio que arrendaría a NH durante dieciocho años para su explotación como hotel. La estipulación cuarta del contrato regulaba un sistema complejo de renta: (1) una renta fija anual, integrada por dos componentes: 4507,59 euros por cada una de las primeras ciento treinta habitaciones más otro importe resultante de multiplicar el número de habitaciones que excedieran de ciento treinta por las cantidades expresamente previstas en la propia estipulación (en progresión según transcurrieran los años desde la toma de posesión del inmueble por el arrendatario); más (2) una renta variable consistente en un porcentaje del 5 % sobre las ventas netas que obtuviera el hotel. Por su parte, la estipulación quinta preveía lo siguiente: «El contrato tendrá una duración de dieciocho años, obligatorio para ambas partes, conta-

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

dos a partir de la fecha en que la arrendataria tome posesión del inmueble arrendado con arreglo a lo dispuesto en la estipulación precedente. No obstante, antes de finalizar el año décimo primero la arrendataria podrá notificar a la propiedad que pretende dar por finalizado el arrendamiento al concluir el año décimo segundo, en cuyo caso, indemnizará a la propiedad con la renta de tres años». El 1 de diciembre del 2002, finalizada la construcción del hotel, Jardín y NH suscribieron un «acuerdo de modificación parcial al contrato de arrendamiento» con el fin de adaptar su contenido a los acontecimientos producidos con posterioridad a la formalización de aquél. En cuanto a la renta, en el dispositivo sexto del acuerdo de modificación parcial se estableció (1) una renta anual consistente en un porcentaje del 32 % sobre los ingresos netos totales anuales obtenidos de la explotación del hotel, excepto por el concepto de restauración, donde el porcentaje sería del 15 % sobre los ingresos netos totales, excluido el garaje; y (2) una renta mínima garantizada por importe de 841 416,95 euros anuales, equivalente a 70 118,08 euros mensuales, revisable al 1 de diciembre de cada año conforme al índice de precios de consumo.

NH pretendió en el 2011 que se redujera la renta anual en más de un 30 % como consecuencia de la crisis económica, que provocó una (acreditada) contracción de la demanda de los servicios hoteleros. Argumentó con la desaparición sobrevenida de la causa y con la cláusula *rebus sic stantibus*.

La Sala resuelve bien. Aunque matizando los términos que emplea, de hecho procede a revocar la doctrina insostenible de las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio y de 15 de octubre del 2015, que habían aplicado una reducción de la prestación por la consideración de contingencia *rebus* de la crisis económica sobre contratos de larga duración. La Sala considera que en el contrato se ha distribuido entre las partes el riesgo de esta contingencia mediante una cláusula de duración y desistimiento y otra cláusula de renta mínima asegurada contra las contingencias del mercado. Tiene razón en su argumento, así como en la invocación del artículo 1575 del Código Civil (arrendamientos rústicos), con una base mucho más intensa que la simplemente analógica. El mencionado artículo 1575 exige casos fortuitos «extraordinarios» y, por ende, ajenos al negocio; además, el precepto mantiene el precio estable en tanto en cuanto la contingencia de riesgo no afecte a la mitad del rendimiento neto.

La sentencia es correcta. El contrato contenía dos previsiones específicas sobre el reparto de riesgos. Primero, la duración pactada, con una cláusula de desistimiento a los diez años y el pago de una multa penitencial. Segunda, una renta mínima garantizada con independencia de la renta sobre el porcentaje de los rendimientos netos. Por tanto, la contingencia de riesgo extraordinario denunciada por NH no era sino una contingencia del riesgo contratado, sólo que a NH no le convenía ahora esta asignación contractual. Se puede modificar un contrato en virtud de la rebus, pero no se puede modificar la asignación de riesgo que hace ese contrato sobre la base de aplicar a su vez la rebus. Y casi sobra el argumento. El artículo 1575 del Código Civil contiene una regla de derecho que expresa un principio general de derecho extrapolable a cualquier relación arrendaticia.

2. Falta de liquidación de una carga urbanística

Vendedor y comprador consintieron que quedara por determinar una parte del precio como consecuencia de una carga urbanística que debía fijar la Administración competente para aprobar el plan urbanístico y cuyo coste asumiría el vendedor. Se preveía que esta contingencia se solucionaría cuando se publicase el plan. El plan se aprueba, pero en él no se cuantifica la carga correspondiente a la finca. Se había previsto en el contrato que, si el plan no se hubiere publicado en una determinada fecha, el comprador pagaría la totalidad del precio, sin perjuicio de que el vendedor tuviera luego que liquidar la diferencia cuando se precisase el importe de la carga. Lo cierto es que se produce una contingencia no prevista en el contrato: publicación del plan, pero sin que éste cuantifique la carga. El vendedor calcula pericialmente el valor de esta carga y demanda al comprador para que abone el resto del precio con deducción de esta cuantificación pericial. El comprador se niega porque no se ha cumplido la condición para que nazca su deber de pagar el resto del precio.

La Audiencia estima la demanda con fundamento en la cláusula *rebus sic stantibus* porque el vacío se produce por una contingencia de riesgo que no estaba imaginada por las partes. El comprador recurre y en casación (**STS 41/2009, Sección Primera, de 22 enero**) se le concede que no cabía aplicar la cláusula *rebus* porque ni era un contrato de duración prolongada ni se produce ninguna de las contingencias que dan lugar a su aplicación. Pero, por la doctrina del efecto útil, confirma la sentencia, porque la interpretación integradora del contrato hubiera conducido al mismo resultado pretendido por el vendedor e, incluso peor para el comprador, porque lo procedente es que hubiera tenido que pagar todo el precio y reclamar al vendedor el valor de la carga cuando éste se supiera.

La doctrina es correcta. No existe ninguna contingencia de riesgo extraordinario que modifique el equilibrio de las prestaciones continuadas. Ocurre, sólo, que el contrato contiene una laguna sobrevenida, consecuencia de una incompleta previsión de las partes. Esta laguna se puede colmar perfectamente recurriendo a la interpretación integradora del contrato: si el comprador tenía que pagar finalmente todo cuando el plan no se publicara en determinada fecha, lo mismo procederá cuando se publique sin aclarar el extremo que estaba en contienda.

3. Pérdida de la inversión especulativa

Complejo e interesante caso el resuelto por la **Sentencia del Tribunal Supremo 5/2019, de 9 de enero**. BBVA se sirvió de la sociedad Boiro Finance SPV (sociedad holandesa) como sociedad instrumental para la emisión de los denominados Bonos Banco Bilbao Vizcaya Delta 1 (BBVA Delta 1) por un total de 21 500 000 euros; con vencimiento todos ellos el 29 de febrero del 2016. Tales bonos eran unas notas estructuradas en las que BBVA era, entre otras funciones, colocador, contraparte, agente de la emisión, agente principal de pagos, agente de cálculo y agente de realización. Para que los bonos tuvieran liquidez debían disponer de un precio de cotización. Los adquirentes compraron los bonos por un precio calculado por la mesa

de contratación de BBVA, conforme a una fórmula matemática denominada «BBVA Delta 1 Index». Hasta la fecha de vencimiento del producto, el 29 de diciembre del 2016, los compradores podían desprenderse de los bonos por el precio que resultara del cálculo publicado del patrimonio neto de un activo subyacente consistente en un fondo denominado «Fairfiel Sigma» sobre el que BBVA aplicaba la misma fórmula «BBVA Delta 1 Index». Es decir, la mencionada fórmula servía para fijar los precios de cotización del bono para su compra y venta, que la propia mesa de contratación gestionaba y casaba. El precio pagado por los compradores de los bonos debía destinarse a comprar otros bonos, denominados colaterales, no estructurados y emitidos por las entidades Bank of America y Citigroup, que en el folleto de emisión eran identificados como activos garantizados. El fondo Fairfiel Sigma, al que estaban referenciados los bonos BBVA Delta, era uno de los fondos gestionados por Adrian. El 18 de diciembre del 2008 se suspendió la publicación del patrimonio neto (*net asset value*, en inglés) del referido fondo Fairfiel Sigma porque se acordó judicialmente su liquidación forzosa, lo que determinó desde ese momento su contabilización con valor cero. A partir de esa fecha, la ausencia de valor de referencia impedía calcular el rendimiento de los bonos BBVA Delta, así como su valor en cada momento, lo que los privó de la liquidez mensual. Desde el 18 de diciembre del 2008 en adelante, BBVA dejó de calcular el valor del patrimonio neto del fondo Fairfield Sigma, que había empleado como subyacente al que indexar el rendimiento de los bonos, y dejó de emplear la fórmula para fijar el precio de cotización. Tampoco substituyó el referido fondo por otro nuevo, sino que lo mantuvo como activo subyacente al que referenciar el precio de los bonos. Todo lo anterior supuso, en la práctica, que los adquirentes perdieran el total de su inversión.

Los compradores presentaron una demanda contra BBVA en la que solicitaron la nulidad radical y la ineficacia sobrevenida de los contratos privados de compraventa de bonos BBVA Delta 1, con restitución recíproca de prestaciones. Subsidiariamente, la resolución de los contratos de compra, con devolución de las cantidades invertidas. En resumen, el fundamento de ambas peticiones era la desaparición del activo subyacente, lo cual produjo la suspensión del patrimonio neto del fondo que determinaba la retribución y el precio de venta de los bonos.

La Audiencia Provincial estimó el recurso y declaró la resolución de los contratos por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por las siguientes razones: 1) Porque BBVA podía haber substituido el activo subyacente para calcular el precio de los bonos. 2) Porque la mutación radical de las circunstancias en función de la finalidad económica del contrato, su conmutatividad, la imprevisibilidad del acontecimiento que determinó el cambio de escenario, la ruptura del equilibrio contractual y la excesiva onerosidad sobrevenida para los compradores justifican la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por desaparición de la base del negocio. 3) Porque las circunstancias que dieron sentido al negocio cambiaron cuando el fondo subyacente suspendió definitivamente el cálculo de su patrimonio neto, lo que determinó su contabilización como valor cero, y porque el BBVA, que —como agente de cálculo— podía haber optado por mantener el fondo calculando un valor razonable de mercado o sustituirlo, no lo hizo, sino que mantuvo ilimitadamente en el tiempo la imposibilidad de calcular el valor de los bonos.

El Tribunal Supremo casa la sentencia y entiende que no cabe aplicar la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* ni la doctrina de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. No se puede aplicar la regla *rebus* cuando la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual. «Es decir, la regla *rebus* no puede operar en contratos cuyo ámbito de aplicación propio está constituido por los supuestos en los que no resulta del contrato la asignación del riesgo a una de las partes o una distribución del riesgo de una determinada manera». Tanto en la jurisprudencia como en las regulaciones internacionales 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 o de la naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica la no asunción del riesgo. En este caso, el rendimiento final de la inversión estaba vinculado directamente a la evolución del *net asset value (NAV)* o valor patrimonial neto del fondo subyacente y en el folleto informativo se advertía expresamente que la inversión en tales condiciones era de alto riesgo y que los inversores estaban expuestos a la pérdida total de la inversión, lo que en este caso vino determinado por la quiebra del fondo. El riesgo de quiebra del fondo estaba previsto contractualmente e incluso puede considerarse un riesgo intrínseco en las notas estructuradas. E igual sucede con la suspensión de la publicación del *net asset value*, por quiebra del fondo o por cualquier otra causa.

Nuevamente una buena resolución. Si la alta rentabilidad se vincula a una actuación especulativa en la que está claramente indicado que los inversores pueden perder toda la inversión si el fondo subyacente colapsa, ya está perfectamente asignado el riesgo entre las partes, porque la contingencia consensuada se realiza. Ciertamente, BBVA podía haber utilizado un subyacente sustitutivo no insolvente, pero ello hubiera roto el reparto contractual de ganancias e incertidumbres, porque de hecho se estaría pidiendo de BBVA que buscara una alternativa no contractual para que los inversores no perdieran su dinero.