

LA “NUEVA NORMALIDAD” DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS



El contexto actual de la pandemia por COVID-19 está teniendo repercusiones en muchos ámbitos; uno de ellos es el de la economía de trabajadores autónomos y PYMES, quienes están viendo disminuida su producción y facturación, tanto por las medidas sanitarias impuestas por el Gobierno como por la disminución del consumo en general en un escenario de crisis económica. Como consecuencia de lo anterior, hay algunas empresas que están viendo dificultada su capacidad de hacer frente a las rentas del alquiler de los locales comerciales en los que ejercen su actividad. Por ello, sabemos que se está intentando llegar a acuerdos con los Propietarios, ya sea mediante condonación de rentas, moratoria o rebaja de la renta. En este contexto, resurge una figura jurídica de creación jurisprudencial y doctrinal, llamada **“cláusula rebus**

sic stantibus", expresión latina que puede traducirse por **"estando así las cosas"**, por la cual se pueden modificar las condiciones iniciales de un contrato de arrendamiento debido a una modificación sustancial de las circunstancias concurrentes en el momento de la firma del contrato.

Como decimos, dicha cláusula no está regulada por la Ley, sino que se encuentra definida por la doctrina y la jurisprudencia. Así, este mecanismo operaría en un contexto de **desequilibrio en las prestaciones de las partes debido a una profunda alteración de las circunstancias contractuales de forma sobrevenida e imprevisible**. Para que opere la cláusula rebus sic stantibus, hace falta que se den los siguientes requisitos: Imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual. Dicha figura jurídica choca frontalmente con el principio de "pacta sunt servanda" o "los pactos deben cumplirse" recogido en nuestro Código Civil, por lo que debe hacerse una interpretación restrictiva de la misma.

De esta manera, la cláusula está siendo invocada por numerosos arrendatarios, y los Tribunales están resolviendo los primeros casos de su aplicación al escenario de la pandemia por Covid-19.

Una vez expuestos los requisitos necesarios para aplicar la cláusula rebus, convendría realizar algunas matizaciones sentadas por la jurisprudencia:

Necesidad de una relación causal

La jurisprudencia deja clara la necesidad de demostrar la **incidencia real de las circunstancias sobrevenidas en la relación jurídica** de que se trate, esto es, en el contrato de arrendamiento (SSTS 17 y 18/01/2013). En recientes pronunciamientos, como la Sentencia de 21 de septiembre de

2020, del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número 31, se establece“(…) lo relevante no es sólo esa disminución de la ventas, sino la relación causal entre esta caída y las medidas sanitarias derivadas del COVID que, a efectos de resolver, deben distinguirse del riesgo de explotación que, entre otros muchos factores, puede verse afectado por la disminución general del consumo (en un escenario de crisis económica, por ejemplo) o por la reorientación de los hábitos de los consumidores (compra on line, por ejemplo)”.

En base a esta sentencia, se acota la interpretación de la relación causal al caso concreto de la pandemia por COVID-19, indicando que **la disminución de la facturación debe tener origen en las medidas impuestas por el Gobierno**, como puede ser el cierre obligatorio de los locales de venta al por menor, o la necesidad de cita previa con aforo reducido del 20%, desapareciendo el nexo causal con el levantamiento de dichas restricciones. *Por el contrario, la disminución del consumo por el escenario de crisis económica producida por la pandemia correspondería al riesgo de explotación, no siendo justificable la modificación contractual en base a estas circunstancias generales.*

Inevitabilidad del riesgo asumido

La inevitabilidad del riesgo asumido es requisito para aplicación de la cláusula rebus. Además, “la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus no procede si la ley o el contrato atribuyen el riesgo a una de las partes” (STS 214/2019, de 5 de abril).

Generalmente, **la cláusula resultará de aplicación a contratos de larga duración en que el arrendatario esté obligado a mantener el contrato, debiendo indemnizar a la otra parte en caso de resolución anticipada.** Hay contratos, en cambio, en los que se recoge la posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato por parte del arrendatario previo aviso al

arrendador. **Esto supone la inclusión en el contrato del riesgo de explotación**, ya que la decisión de continuar o no con la actividad corresponde, exclusivamente, a la parte arrendataria, **permitiéndole desistir unilateralmente y resolver el contrato de arrendamiento.**

Así, por ejemplo, en un contrato de arrendamiento en que se establezca una duración de diez años, con la posibilidad de rescindir el contrato unilateralmente a partir del segundo año, el riesgo del contrato estaría atribuido a la parte arrendataria, la cual no podría alegar que el riesgo asumido por las circunstancias sea inevitable, y, por tanto, **no podría exigir una modificación contractual en base a la cláusula rebus.**

Prejudicialidad civil en un procedimiento de desahucio

De acuerdo con el funcionamiento procesal de nuestros procedimientos judiciales, en los casos en que exista un procedimiento de desahucio por impago de rentas contra el arrendatario, este se suspendería en el momento en que interpusiera una demanda de revisión de rentas en base a la cláusula rebus sic stantibus, debiendo resolverse primero la demanda de rebus como prejudicialidad civil. Sin embargo, en el contexto en el que nos encontramos, este procedimiento puede dar lugar a abusos, dado que podría suspenderse un desahucio por la mera interposición, vacía de contenido y con ánimo meramente dilatorio, de una demanda de rebus sic stantibus. Para evitar abusos de derecho, los Juzgados de Barcelona han llegado a un acuerdo de unificación de criterios, por el cual este tipo de demandas **no serán motivo suficiente por sí solas para acordar la suspensión por prejudicialidad civil de un procedimiento de desahucio por falta de pago.**

No obstante, y de forma excepcional, *el Tribunal podrá valorar la suspensión del juicio de desahucio, atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, como las mensualidades impagadas o la existencia de pagos o consignaciones por el*

arrendatario. Por tanto, es aconsejable el pago o consignación, al menos parcial, de la renta que se quiera revisar, que será valorado por el Tribunal como buena fe, imprescindible, por otra parte, para aplicar la cláusula rebus.

Real Decreto-Ley 15/2020

Con la finalidad de apoyar a PYMES y trabajadores autónomos, y ayudar a éstos a alcanzar acuerdos con los Propietarios de los locales en base a la cláusula rebus, el Gobierno promulgó, el 21 de abril de 2020, el Real Decreto-Ley 15/2020. Mediante dicha norma se ofrece la opción de solicitar una moratoria o aplazamiento en el pago de las rentas, a los autónomos y PYMES arrendatarios de un local en el que el arrendador sea una empresa o entidad pública de vivienda, o un "gran tenedor", definiendo éste último como la persona física o jurídica que sea titular de al menos 10 inmuebles urbanos, o titular de una superficie construida superior a los 1.500 m². Además, los arrendatarios en estas circunstancias deben acreditar la concurrencia de determinados requisitos exigidos en el texto normativo.

Analizando dicha norma, podríamos entender que en la aplicación del Real Decreto-Ley, se está haciendo uso de la cláusula rebus, alcanzando un acuerdo de moratoria conforme a los requisitos que dispone la norma, agotando, por tanto, la aplicación de dicho mecanismo jurídico. Esto es, **si ya se está adaptando el contrato a las circunstancias sobrevenidas mediante la moratoria de renta, no podría paralelamente o en un momento posterior invocarse dicha cláusula para llegar a otro acuerdo con el Propietario**. Por otra parte, en cuanto aplicar el Real Decreto-Ley resulta similar a alcanzar un acuerdo con el arrendador, sería frontalmente contrario solicitar otra modificación que consistiera, por ejemplo, en una rebaja de renta al 50%, siendo ambos acuerdos incompatibles entre sí.

SOBRE EL DERECHO DE SEPARACIÓN POR NO DISTRIBUCIÓN DE UN TERCIO DEL BENEFICIO CONFORME AL ARTÍCULO 348.BIS DE LA LSC



LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL ART 348BIS

El 1 de enero de 2017 terminó el plazo de la suspensión de la vigencia del artículo 348.bis) de la Ley 1/2010 de 2 de julio

de Sociedades de Capital (LSC). Este artículo fue introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 25/2011 de 1 de agosto con vigor desde el 2 de octubre de 2011 y quedó suspendido mediante Ley 1/2012 de 22 de junio. La suspensión fue acordada porque se pensó que el efecto de este artículo en un contexto de crisis económica podía ser “demoledor”.

Lo cierto es que el problema de este precepto, conforme a la opinión unánime de la doctrina, no es de mera coyuntura sino de incorrecta técnica legislativa. En nuestra opinión el artículo adolece de dos defectos fundamentales:

1.- No introduce ningún tipo de cautela a favor del interés social.

2.- Se incardina a través de la misma regulación que los otros casos de separación sin tener en cuenta que estos regulan la generación de un derecho concreto y el nuevo caso, en buena técnica jurídica, genera exclusivamente un derecho potencial o abstracto.

EL ARTÍCULO 348.BIS)

“1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.

2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.

3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.”

Se pretende con este artículo terminar con el castigo a los

socios minoritarios que se deriva de que los socios mayoritarios, que suelen tener beneficios sociales diferentes del dividendo como, por ejemplo, salarios de administrador, voten año tras año en contra de repartir los beneficios. El objetivo es loable (y necesario conforme a las directivas comunitarias) pero existían otros mecanismos para esto que ya venían funcionando y que resultaban menos peligrosos para la supervivencia de las sociedades (la impugnación del acuerdo conforme a la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 y 7 de diciembre de 2011) y que podían haber sido mejorados regulando, por ejemplo, el carácter obligatorio del dividendo en caso de nulidad del acuerdo. Además, si se trataba de prevenir el abuso de derecho, debería haberse regulado lo necesario para obtener exclusivamente esta finalidad, y no generar un supuesto de aplicación aparentemente automática que según la literalidad del precepto operaría incluso cuando no se produjera dicho abuso.

COMUNICACIÓN DE LA SEPARACIÓN

1.- Esta comunicación tiene dos dificultades. El artículo 348.bis) establece que “el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social”. En la práctica es frecuente que el acuerdo de la junta general no sea el de pagar o no dividendo sino el de aplicar el resultado a reservas voluntarias y, consiguientemente, que el socio no tenga ocasión de votar a favor de la distribución del beneficio. En estos casos se podría entender que no se cumple este requisito. Este planteamiento lo consideramos sostenible en el contexto de sociedades anónimas en las que el socio podía haber ejercitado el derecho de ampliación de convocatoria una vez que hubiera visto que la propuesta de distribución no incluía el pago del dividendo, pero no en las

limitadas, donde no puede hacerlo. Otro problema es el de determinar o no, un valor para sus participaciones sociales al realizar la comunicación. La LSC no es específica en este tema, limitándose a decir en su artículo 353.1) que “A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el registrador mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración”.

2.- Una vez recibida la comunicación formal y aunque la LSC no prevé nada al efecto, la sociedad podrá aceptar o no esta solicitud. La falta de previsión legal sobre este asunto deriva de que los supuestos que inicialmente (hasta la reforma que incorpora este nuevo caso) podían motivar la separación de los socios eran siempre objetivamente identificables, sin lugar a dudas, hasta el punto de constituir auténticos presupuestos de hecho de este derecho. Así, conforme al artículo 346 de la LSC “Los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, incluidos los socios sin voto, tendrán derecho a separarse de la sociedad de capital en los casos siguientes: a) Sustitución o modificación sustancial del objeto social. b) Prórroga de la sociedad. c) Reactivación de la sociedad. d) Creación modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos. 2. En las sociedades de responsabilidad limitada tendrán, además, derecho a separarse de la sociedad los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales. 3. En los casos de transformación de la sociedad y de traslado de domicilio al extranjero los socios tendrán derecho de separación en los términos establecidos en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.”.

Se trataba, además, de acuerdos inscribibles hasta el punto de que el artículo 349 de la LSC establece que “Para la inscripción en el Registro Mercantil de la escritura que documente el acuerdo que origina el derecho de separación, será necesario que la propia escritura u otra posterior, contenga la declaración de los administradores de que ningún socio ha ejercitado el derecho de separación dentro del plazo establecido o de que la sociedad, previa autorización de la junta general, ha adquirido las participaciones sociales o acciones de los socios separados, o la reducción del capital.” De ahí el enorme automatismo que impregna toda la regulación y que resulta muy inapropiado, como ya hemos anticipado, para vehicular el nuevo caso introducido por el artículo 348.bis) en el que, por el contrario, concurren varios factores de apreciación subjetiva. Así, por ejemplo, el tercio del beneficio aplicable a dividendo se calcula sobre los “beneficios propios de la explotación del objeto social”. Este concepto se puede entender que corresponde en términos contables al margen de operación o más específicamente al EBITDA, o, en interpretación más compatible con la LSC, que corresponde al resultado después de impuestos pero sin tener en cuenta los ingresos y gastos extraordinarios. No se trata, por lo tanto, de un número que conste en la memoria y pueda desencadenar sin más una obligación tan gravosa a cargo de la sociedad. En esta misma línea el artículo habla de beneficios que sean “legalmente repartibles”. Esto significa que después de determinar el beneficio de referencia, descontando del mismo los ingresos y gastos extraordinarios, habrá que determinar si el tercio de dicha cifra es o no “legalmente repartible”. En este punto habrá que acudir al artículo 273 de la LSC que condiciona el pago del dividendo a que existan reservas de libre disposición (sin computar las producidas por imputación directa de beneficios contra patrimonio neto) o beneficio del ejercicio, sin que del reparto pueda desprenderse, en ningún caso, que las reservas queden reducidas a una cifra inferior a los gastos de investigación y desarrollo que hayan sido activados. Por último, del propio

artículo 273 de la LSC, y del hecho de que el derecho abstracto al reparto de las ganancias sociales que concede al socio el artículo 93.a) de la LSC se convierta en un derecho concreto de crédito por el acuerdo de la junta general se desprende que el mismo no es incondicionado, sino que se encuentra sometido al interés social. En otras palabras, que, aunque no se reparta dividendo, habiendo beneficios, solo procedería el derecho de separación si el acuerdo de no distribución no resultara abusivo conforme a la jurisprudencia que desarrollaremos más adelante. Teniendo en consideración todo lo anterior, parece evidente que, mientras que en el conjunto de casos de separación inicialmente previstos en la LSC la concurrencia de los supuestos de hecho previstos por el legislador produce a favor del socio un derecho concreto a la separación, en el caso de la separación por no distribución del dividendo lo que se produce es un derecho potencial o abstracto que requiere para su concreción o bien del acuerdo de la sociedad o bien de una declaración judicial. En conclusión, volviendo al origen de esta razonamiento resulta claro que aunque la Ley no lo prevea de forma expresa, por un claro defecto de técnica jurídica, la contestación favorable de la sociedad sería, en este caso, constitutiva para el derecho de separación y la falta de contestación o la contestación desfavorable, impediría que se iniciara el procedimiento de valoración, obligando al socio a acudir al juzgado para obtener la declaración de su derecho.

3.- Por último, antes de analizar la doctrina legal que puede fundamentar el rechazo o la aceptación, de la separación, nos tenemos que plantear la casuística a la que se enfrenta la sociedad ante esta solicitud. Si la sociedad contesta aprobándola se iniciaría el procedimiento amistoso de valoración y, si este fracasa, se podría recurrir al Registro Mercantil. Si, por el contrario, la sociedad ha denegado o no ha contestado a la solicitud, el socio podría acudir al Registro Mercantil pero parece que lo correcto sería que este se inhibiera, puesto que el derecho no se habría concretado

mediante la manifestación favorable de la sociedad o, alternativamente, mediante el pronunciamiento judicial a favor del socio. No obstante, otra opción, más acorde a la práctica generada para el resto de los supuestos, es que, pese a todo, se nombrara al experto para que emitiera el informe, aun asumiendo que el mismo pueda terminar careciendo de objeto. En cualquier caso este experto debería atenerse en su trabajo a la norma técnica de auditoria sobre valoración de acciones publicada por la Resolución de ICAC de 23 de octubre de 1991. Este es el criterio que se recoge, por ejemplo, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián de 30/03/2015 (autos 187/2014).

DENEGACIÓN DE LA SEPARACIÓN

Como ya hemos anticipado, el derecho de separación no procedería y podría ser denegado por la sociedad ante el socio y/o el propio juzgado de lo mercantil, por las siguientes razones:

- 1.- Porque el socio que la solicite no hubiera votado en contra del acuerdo de no distribuir un tercio del beneficio.
- 2.- Porque la sociedad no lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil.
- 3.- Porque el beneficio que aparece en las cuentas anuales no corresponda a la explotación del objeto social. Este sería el caso si se ha producido algún tipo de ingreso extraordinario por compraventa de activos, o ingresos por actividades realizadas para la propia empresa que hayan generado activos materiales o inmateriales en el balance.
- 4.- Porque el reparto del dividendo deje el valor nato patrimonial de la sociedad (sin contar imputaciones directas a patrimonio neto) por debajo de la sumatoria del capital social y las activaciones para I + D + I.
- 5.- Porque el reparto de dividendo sea contrario al interés

social. La doctrina directa sobre la aplicación del artículo 348.bis) es que es muy limitada. Entre la entrada en vigor de la reforma legislativa y la suspensión de efectos del artículo apenas transcurrieron unos meses. No obstante, si existe una amplia jurisprudencia relativa a aquellos casos en los que los socios han impugnado el acuerdo de la junta general no repartir dividendo por considerarlo abusivo (no justificado por el interés social). Esta jurisprudencia resulta plenamente aplicable al nuevo artículo 348.bis) si asumimos la equivalencia entre aquellos casos en los que se hubiera apreciado que el acuerdo era abusivo y los que, conforme a este artículo, podrían motivar el derecho de separación. Esta dinámica de análisis ha sido ya adoptada por alguna de la poca jurisprudencia generada durante el primer periodo de vigencia del artículo 348.bis). Establecido lo anterior, hay que decir que la doctrina sobre este asunto se encuentra claramente recogida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2005 y 7 de diciembre de 2011 de las que se extraen directa o indirectamente, a "contrario sensu", las siguientes razones para que el acuerdo de no distribución del beneficio no resulte abusivo:

1.- Que exista falta de tesorería. Que los plazos de pago a proveedores se extiendan más allá de lo previsto en la Ley de Morosidad o exista un endeudamiento bancario que fuera preciso atender.

2.- Que la aplicación del beneficio a reservas sea necesaria por encontrarse la compañía inmersa en una política de expansión inversión o consolidación que requiere de financiación mediante recursos propios.

JUNTA GENERAL

Si asumimos que la sociedad puede y debe posicionarse ante el ejercicio por el socio del derecho de separación, la decisión a este respecto le corresponderá a la junta general. Un tema sensible en dicha junta general será el de determinar si puede

votar en la misma el socio que ha solicitado la separación. A este respecto habría que tener en consideración el artículo 190 de la LSC que dice que:

“1. El socio no podrá ejercitar el derecho de voto correspondiente a sus acciones o participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que tenga por objeto:

1. a) autorizarle a transmitir acciones o participaciones sujetas a una restricción legal o estatutaria,
2. **b) excluirle de la sociedad,**
3. **c) liberarle de una obligación o concederle un derecho,**
4. d) facilitarle cualquier tipo de asistencia financiera, incluida la prestación de garantías a su favor o
5. e) dispensarle de las obligaciones derivadas del deber de lealtad conforme a lo previsto en el art. 230.

En las sociedades anónimas, la prohibición de ejercitar el derecho de voto en los supuestos contemplados en las letras a) y b) anteriores solo será de aplicación cuando dicha prohibición esté expresamente prevista en las correspondientes cláusulas estatutarias reguladoras de la restricción a la libre transmisión o la exclusión.

2. Las acciones o participaciones del socio que se encuentre en algunas de las situaciones de conflicto de interés contempladas en el apartado anterior se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría de los votos que en cada caso sea necesaria.
3. En los casos de conflicto de interés distintos de los previstos en el apartado 1, los socios no estarán privados de su derecho de voto. No obstante, cuando el voto del socio o socios incurso en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social. Al socio o socios que impugnen les corresponderá

la acreditación del conflicto de interés. De esta regla se exceptúan los acuerdos relativos al nombramiento, el cese, la revocación y la exigencia de responsabilidad de los administradores y cualesquiera otros de análogo significado en los que el conflicto de interés se refiera exclusivamente a la posición que ostenta el socio en la sociedad. En estos casos, corresponderá a los que impugnen la acreditación del perjuicio al interés social.”

El artículo habla de la exclusión porque la LSC prevé que esta se decida en la Junta General. No se habla de la separación puesto que el legislador, por las razones que hemos comentado más arriba, ha regulado esta como un derecho concreto que no requiere de aprobación por la junta general. No obstante, la exclusión del derecho de voto del socio que interesa la separación podría incardinarse en el supuesto c), puesto que se está votando la concesión de un derecho a su favor.

Lo cierto es que, de nuevo en este caso, la aplicación de un conjunto normativo pensado para una serie de supuestos de hecho muy concretos a un nuevo supuesto que carece de este grado de concreción, genera cierta incertidumbre que se irá despejando por la práctica o con la reforma legal que a nuestro juicio resulta imprescindible.

Alberto Berdión Osuna.

Socio Director