

Título:	<b>Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª núm. 125/2023) de 24 de febrero de 2023 y análisis de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i>: posible aplicación a los contratos administrativos</b>		
Autor:	Choolani Farray, Sergio		
País:	España		
Publicación:	Anuario Iberoamericano sobre Buena Administración - Número 3/5 - Año 2023 - En homenaje al Dr. José Luis Meilán Gil		
Fecha:	22-09-2023	Cita:	IJ-IV-DCCCLXXIII-565

## Sumarios

Estudio de la Sentencia de la sección 5ª de la Audiencia Provincial, con fecha del 24 de febrero de 2023, número 125/2023, en relación a la cláusula “*rebus sic stantibus*”, mediante la cual se puede observar que esta cláusula está siendo más aceptada por los tribunales españoles en virtud del contexto económico y social actual, siempre y cuando se cumplan conjuntamente los requisitos previstos para ello, dado su carácter excepcional.

**Palabras Clave:** Contrato, equilibrio económico, buena fe, riesgo, incumplimiento.

## Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5ª núm. 125/2023) de 24 de febrero de 2023 y análisis de la cláusula *rebus sic stantibus*: posible aplicación a los contratos administrativos

Sergio Choolani Farray<sup>[1]</sup>

### I. Introducción

Mediante la presente reseña, pretendemos esbozar y sintetizar las principales notas características de la denominada cláusula *rebus sic stantibus* [en lo que sigue “*rebus*”], a la luz de una reciente resolución dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas. En concreto, la Sentencia de la Sección 5ª de dicha Audiencia Provincial de fecha 24 de febrero de 2023 núm. 125/2023.

Así pues, como es sobradamente conocido, la denominada *rebus sic stantibus*, puede definirse como un mecanismo jurídico de regulación jurisprudencial en el Derecho Español, que se aplica como remedio en aquellos contratos de trato sucesivo en los que existe una variación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de su formalización y permite a las partes alterar sus cláusulas o resolver el mismo, en aras a la protección de la buena fe contractual y mantenimiento de la causa económica de estos.

Es decir, una cláusula de flexibilización y/o salida de una situación indeseada en una relación contractual, ante situaciones que no se pudieron prever ni tomar como base del negocio a la hora de distribuir riesgos y contraprestaciones entre las partes intervenientes en el mismo.

### II. Supuesto de hecho: el caso enjuiciado

El objeto enjuiciado en la resolución analizada, trae causa en una demanda que una entidad arrendataria de un local de negocio, destinado a venta de snacks y crepes en un establecimiento hotelero, instó frente a la arrendadora y mediante la cual, en resumida síntesis, solicitaba una modificación de las condiciones económicas del contrato al albur de la *rebus sic stantibus*, en el contexto del estado de alarma decretado por la Covid-19.

En concreto solicitaban:

- "a) la ampliación de la duración del contrato de arrendamiento suscrito en fecha 29.09.2016, correspondiente al local nº C2, planta baja, del centro comercial denominado "El Castillo II", término municipal de Antigua, Caleta de Fuste, por el mismo tiempo que el Hotel Barceló Fuerteventura Thalasso Spa de Caleta de Fuste permanezca cerrado o que, una vez abierto, su ocupación alcance al menos el 50%.
- b) la exoneración del pago de la renta del local de negocio arrendado a mi representada, o en su caso, establecer la obligación de pago del arrendatario de las cantidades necesarias para el sustento del inmueble, esto es, tasas, impuestos, derramas, etc, a las que venga obligado el arrendador que sean repercutibles al arrendatario por estar incluidas en la renta, desde el 14 de marzo de 2020 y mientras el complejo hotelero donde se inserta permanezca cerrado o que, una vez abierto, su ocupación alcance al menos el 5%; y
- c) la inejecución de las garantías o fianzas dadas por la arrendataria, mientras el hotel permanezca cerrado o que, una vez abierto, su ocupación alcance al menos el 50%.

Con carácter subsidiario pretendía que se acordada la reducción de la renta mensual en un 80% desde el mes de septiembre de 2020, hasta que se abra al público el Hotel Barceló Thalasso Spa y tenga una ocupación mínima del 50%."

Dicha demanda fue desestimada en primera instancia y la Audiencia Provincial de Las Palmas confirmó la resolución del *iudex a quo* en base a los siguientes motivos:

- La denominada *rebus sic stantibus* está pensada para moderar los pactos ante situaciones excepcionales, pero en absoluto para el surgimiento de nuevas cláusulas.
- Pese a que es un hecho notorio que los locales destinados a la hostelería se vieron duramente afectados por las restricciones impuestas a consecuencia del estado de alarma decretado por el Gobierno, dicha circunstancia no basta, *per se*, para acceder a una modificación extraordinaria de las cláusulas contractualmente pactadas; sino que, como bien razona la Ilma. Sala deben analizarse "las circunstancias concretas" del caso enjuiciado.
- El contrato sobre el que se solicitaba la aplicación de la *rebus* no era un contrato de larga duración, sino que disponía de una duración de 1 año y dicho término expiraba durante el periodo de restricciones. La Audiencia Provincial de Las Palmas resalta notablemente esta circunstancia, en el sentido de que, si el arrendatario no podía hacer frente a las consecuencias económicas del contrato, pudo (y debió) optar por no renovar el mismo, o resolver el existente y negociar uno nuevo con cláusulas distintas, pero en absoluto, aquietarse a que dicho contrato se prorrogase tácitamente para, a posteriori, solicitar una modificación de las cláusulas recientemente prorrogadas. En palabras de la propia resolución "*no cabe considerar que un contrato a extinguir presenta una base negocial desequilibrada y, sin embargo, pretender su prórroga, que insistimos, es voluntaria, pero obligando a la contraparte a ver alteradas las condiciones*". O lo que es lo mismo: la resolución analizada, pone el foco de atención en la conducta del arrendatario quien, disponiendo de una salida pacífica de la situación arrendaticia sin tener que acudir a la vía excepcional de la *rebus* (no prorrogar el contrato), no la utilizó y, en consecuencia, impide que se pueda solicitar una modificación de lo que posteriormente pretende hacer ver como una situación imprevisible y extremadamente gravosa para sus intereses.
- La arrendadora condonó parcialmente la renta durante los primeros meses del estado de alarma y, además, propuso soluciones alternativas que nunca fueron aceptadas por la arrendataria. Nuevamente, la Audiencia Provincial llama la atención sobre este extremo y pone en evidencia que la actitud de la arrendataria es contraria a las exigencias de la buena fe negocial.

### **III. Delimitación conceptual de la *rebus sic stantibus* y notas características que se desprenden del análisis realizado en la Sentencia de la Sección 5ª de dicha Audiencia Provincial de fecha 24 de febrero de 2023 núm. 125/2023**

#### **1. Tendencia a la flexibilización de esta figura y su aplicación**

La resolución analizada parte de una premisa que, actualmente, podemos denominar como pacífica en el sentido de declarar que ya se ha superado la doctrina tradicional que venía entendiendo la *rebus* como una cláusula de aplicación eminentemente excepcional.

Como decimos, dicho carácter excepcional se ha ido progresivamente superando y flexibilizando hasta el punto en que, hoy en día no existe género de dudas sobre que la aplicación de la *rebus* puede y debe aplicarse, siempre y cuando se den los elementos que expondremos en las siguientes líneas.

Así pues, este carácter flexible que propicia la aplicación de la *rebus*, encuentra su significado en tres aspectos clave:

(i) La línea jurisprudencial iniciada en torno al 2013 (*Sentencias del Tribunal Supremo de 17 y 18 de enero de 2013 núms. 820 y 822/2021 respectivamente*), que puso de manifiesto que la crisis económica y los efectos de la recesión económica deben ser considerados como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave desequilibrio en las circunstancias pactadas en los contratos suscritos con anterioridad a dicho periodo de crisis.

(ii) La consideración de este remedio jurídico en los principales textos de armonización en materia de interpretación y eficacia de los contratos, como por ejemplo, Principios Unidroit, los Principios Europeos de la Contratación o el Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil

(iii) La existencia de esta figura en nuestro derecho comparado, como es por ejemplo su regulación en el BGB Alemán (art. 313)

## 2. Fundamento de la *rebus sic stantibus*

Tal y como hemos adelantando, la resolución analizada recalca de manera clara que, pese a la flexibilización de esta figura, su aplicación no puede realizarse de manera automática, ante la existencia de cualquier causa imprevisible que afecte al desenvolvimiento de la relación contractual, sino que, para ello, deben darse una serie de requisitos y/o elementos.

Así el fundamento lógico- jurídico que permite la aplicación de dicha cláusula (siempre que se den los elementos que ahora se expondrán) se resume en dos principios elementales:

(i) La regla de la comutatividad del comercio jurídico.

Entendida esta como un canon por virtud del cual se persigue el equilibrio básico en todas las relaciones onerosas de intercambio de bienes y servicios. Es decir un criterio, mediante el cual, para conseguir ese *status quo* se permite que las relaciones jurídicas muten de lo inicialmente pactado y previsto.

(ii) El principio de buena fe.

Es importante, aclarar que la remisión a la buena fe como fundamento de la aplicación de la *rebus* no se hace en el tradicional sentido de mecanismo de integración de los contratos ex art. 1258 del Código Civil [“CC”], sino que se utiliza como regla para ponderar si el contrato inicialmente pactado sigue siendo eficaz, tras la alteración sobrevenida de las causas que se tomaron para conformar la base del mismo.

O dicho de otro modo: la remisión a la buena fe como fundamento de la *rebus*, no consiste en pensar que la misma se emplea como mecanismo integrador del contrato que es necesario colmar de aspectos no previstos, sino que se emplea como canon para determinar si, conforme a la buena fe, el contrato inicialmente previsto continúa siendo “justo” y “eficaz” en relación a los parámetros que se utilizaron a la hora de su formalización.

## 3. Elementos (objetivo y subjetivo) que legitiman la aplicación de la *rebus*

Siguiendo con el análisis de la sentencia, podemos extraer que los requisitos o elementos necesarios para la aplicación de la cláusula son dos: (i) elemento objetivo; y (ii) elemento subjetivo. Y que, sin la concurrencia conjunta de ambos, resulta imposible pensar que el ejercicio de una acción de modificación de condiciones contractuales al albur de la *rebus*, pudiera tener éxito.

### (i) Elemento objetivo: teoría de la base del negocio

A fin de poder analizar si concurre el elemento objetivo necesario para la aplicación de la *rebus*, acudiremos a la **teoría de la base del negocio**. Así, mediante dicha teoría se debe valorar si la aparición de circunstancias que no se previeron supone:

- Que la finalidad económica del contrato se frustre. Véase, por ejemplo, una situación ilustrativa aunque hiperbólica: aquella en la que el arrendatario de un bar piscina ve frustradas sus expectativas de restauración al decretarse la prohibición de nado por parte del Gobierno.

- Que la equivalencia o proporción de las prestaciones entre las partes intervenientes en el contrato desaparezca. Siguiendo el mismo ejemplo llamativo, veríamos cómo cualquier tipo de equivalencia entre arrendador y arrendatario desaparecería, pues mientras que el arrendador continuaría recibiendo la renta, el arrendatario se vería abocado a no recibir ni un solo cliente con el que realizar la actividad económica para la cual concertó el contrato de arrendamiento.

De este modo, la teoría de la base del negocio pone el acento en analizar cómo afectan las circunstancias sobrevenidas a la base del negocio proyectado en circunstancias normales y la clave consiste, en determinar si esa base negocial se ve tan afectada como para hablar de frustración económica y desequilibrio de prestaciones.

En síntesis, vemos como acudir a la teoría de la base del negocio, nos permite analizar si en un caso concreto se cumplen los requisitos objetivos para la aplicación de una modificación de las cláusulas contractuales: (i) desaparición de la finalidad económica del contrato; y (ii) desaparición de la equivalencia de las prestaciones pactadas.

### (ii) Elemento subjetivo: análisis del riesgo derivado

El segundo de los elementos que debe concurrir consiste en analizar el riesgo padecido.

Como es sabido, una de las concepciones clásicas del contrato, define a éste como un acuerdo de voluntades en los que las partes asignan y distribuyen riesgos en relación a la prestación de un servicio o entrega de un bien.

Pues bien, precisamente, para determinar si puede aplicarse la *rebus*, debe analizarse si el riesgo a padecer por la parte perjudicada de la aparición de circunstancias excepcionales, se trata de un riesgo “normal”, es decir, de los ya contemplados o distribuidos en el acuerdo de voluntades inicial, o si por el contrario se trata de un riesgo excesivo que ninguna parte tiene el deber jurídico de soportar.

- Retomando el ejemplo de nuestro arrendatario del bar piscina, resulta palmario que se considera riesgo normalmente aceptado aquella circunstancia en la que el negocio implantado no tenga buena acogida y su nivel de ventas no alcance las expectativas en base a las que realizó la inversión inicial (pago de la renta, fianza, posible traspaso etc).

- Sin embargo, resulta igualmente palmario que ese arrendatario no tiene por qué prever, ni mucho menos correr, con el riesgo de que, tras la decisión del Gobierno se prohíba el desarrollo de la actividad principal de la que se iba a nutrir su negocio: nadar.

Este burdo ejemplo nos sirve para comprender que el riesgo necesario que debe concurrir para apreciar elemento subjetivo de la *rebus*, consiste en un extremo impensable que, en caso de acaecer, supone pretender que una parte del contrato se vea condenada a éste de manera injusta, rozando incluso, lo que a nuestro juicio podría considerarse un ejercicio abusivo de derecho por parte de la otra parte contratante; extremo completamente vedado en nuestro ordenamiento jurídico ex art. 7 del CC.

## **IV. Distinción con figuras afines: la resolución contractual ex art. 1124 del CC**

Como se ha expuesto hasta ahora, la teoría de la base del riesgo pone todo el acento en la frustración del contrato y en la imposibilidad de su desarrollo.

Ante este panorama, es fácil que al hablar de “frustración del contrato”, pensemos en figuras afines como es la acción de resolución contractual por incumplimiento contemplada en el artículo 1124 del Código Civil.

Y ello porque, como es sobradamente sabido, existe jurisprudencia inconcusa que establece que el incumplimiento que debe darse para que proceda la resolución del contrato, debe revestir el carácter de esencial y gozar de la entidad suficiente como para frustrar el fin del contrato.

Sin embargo, es preciso diferenciar esta frustración de la frustración contractual que conforma el elemento objetivo de la *rebus sic stantibus*.

Y es que, mientras que la frustración contractual exigida para la acción de resolución contractual, es aquella que consiste en que el contrato pierda su sentido por un incumplimiento grave de una de las partes, la frustración contractual exigida para la *rebus* se refiere a que el desenvolvimiento del contrato supone que la equivalencia de las prestaciones se vea frustrada y se antoje imposible.

Además, la frustración contractual de la *rebus* no exige que el incumplimiento se origine a consecuencia de una conducta de la otra parte contratante, sino que puede venir dado (y de hecho siempre viene dado) por circunstancias imprevisibles y ajenas a la voluntad y conducta de las partes.

- Volviendo a tomar el cómico ejemplo del bar piscina, vemos cómo podríamos hablar de frustración contractual ex art. 1124 del CC, si el arrendatario se retrasa continuamente en el pago de la renta mensual, por una mala gestión de su negocio y esto impide que el arrendador obtenga su contraprestación esperada en el tiempo pactado.

- Por su parte, hablaremos de frustración contractual con relevancia para la *rebus*, cuando se exija que el arrendatario abone la renta inicialmente, sin atender a que la prohibición del nado, supone un desequilibrio sangrante, puesto que se estaría exigiendo la misma contraprestación al arrendatario que se pactó en un escenario completamente distinto al actual.

Véase como ambos ejemplos, pese a similares son completamente distintos y sobre todo, disponen de un elemento esencialmente diferenciador; la frustración derivada de la acción de resolución contractual requiere de cierta conducta incumplidora (dolosa o no) de la parte contractual; mientras que la frustración derivada de la *rebus* no supone conducta incumplidora, sino un fenómeno externo que lleva un desequilibrio a la parte que debe cumplir con lo pactado siguiendo la rigidez del principio de *pacta sunt servanda*.

## V. Conclusiones

En definitiva, tras analizar la Sentencia de la sección 5ª de dicha Audiencia Provincial de fecha 24 de febrero de 2023 núm. 125/2023, en relación a la *rebus sic stantibus*, podemos afirmar que:

- (i) Se trata de una cláusula cuya aplicación está siendo admitida por nuestros tribunales en mayor medida, en relación al pasado, en clara atención al contexto económico y social en el que nos encontramos.
- (ii) Se trata de un mecanismo de creación jurisprudencial que encuentra su fundamento en el principio de conmutatividad del negocio jurídico, así como el respeto al principio de buena fe
- (iii) Su aplicación no puede darse de forma automática, sino que se exige la concurrencia conjunta de un elemento objetivo (teoría da la base del negocio) y un elemento subjetivo (aparición de un riesgo desorbitado).
- (iv) La frustración contractual sobre la que pivota la *rebus*, debe diferenciarse de la frustración contractual de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del CC. Consiste, en concreto, en una frustración que genere la pérdida del equilibrio de prestaciones entre las partes, ante la aparición de circunstancias que no pudieron preverse.
- (v) La Audiencia Provincial, analiza la actuación de la arrendataria demandante, al permitir la prórroga del contrato inicialmente pactado con las mismas condiciones económicas, en lugar de resolver éste y entiende que no es posible acudir a la *rebus sic stantibus* para modificar excepcionalmente unas cláusulas que se aceptaron y consintieron al no extinguir un contrato cuando se tuvo oportunidad mediante el cauce ordinario, en vez de permitir su prórroga en los mismos términos.

[<sup>1</sup>] Profesor ATP Dº Civil ULPGC

---