

REBUS SIC STANTIBUS Y RESILIENCIA TURÍSTICA

Francisco Vega Agredano¹

Resumen:

Los contratantes persiguen satisfacer sus expectativas mediante la celebración de un contrato útil a sus intereses. Mediante el cumplimiento de las prestaciones que son objeto del contrato, las partes tratan de vislumbrar un beneficio. Ciertamente, cualquier tipo de predicción o conjetura sobre un acontecimiento futuro e incierto conlleva riesgos e inseguridades. En cualquier caso, los contratantes tratarán de acomodar, en la medida de lo posible, las condiciones y elementos del contrato a una serie de circunstancias que acontecerán de una forma más o menos previsible. Ahora bien, cuando durante el cumplimiento del contrato, tienen lugar hechos repentinos e imprevisibles, puede ocurrir que su cumplimiento se convierta en extraordinariamente gravoso para una de las partes. En tal caso, se hace necesario y exigible renegociar el contrato para adaptarlo a la nueva realidad mediante la cláusula rebus sic stantibus. Si bien es cierto que en los contratos de larga duración la virtualidad práctica de la cláusula rebus sic stantibus será mayor, no obstante, poca o nula atención se ha prestado a la especial necesidad de revisión de los contratos en la industria turística, donde el equilibrio de los elementos juega un especial papel y donde cualquier desequilibrio o acontecimiento imprevisible produce una alteración incomparable a la de otros sectores. El turismo fue sin duda uno de los primeros sectores económicos que ha sufrido el impacto del coronavirus, mostrando su especial vulnerabilidad a elementos externos. Por ello, junto a la cláusula rebus sic stantibus, la denominada resiliencia, cobra un especial interés, ya que ambos conceptos se complementan y deben ser analizados conjuntamente.

Palabras claves: rebus sic stantibus, resiliencia, turismo, contratos.

REBUS SIC STANTIBUS AND TOURIST RESILIENCE

Abstract:

The contractors want to meet your expectations by entering into a contract useful to their interests. The contracting parties by fulfilling the objectives of the contract try to obtain a profit. Certainly, any kind of prediction or conjecture about an uncertain future event carries risks and insecurities. In any case, the contracting parties will try to accommodate, as far as possible, the conditions and elements of the contract to a series of circumstances that could happen in a more or less predictable way. However, when during the performance of the contract, sudden and

¹ Universidad de Málaga. fva1911@gmail.com

unpredictable events occur, it may happen that its performance becomes extraordinarily burdensome for one of the parties. In this case, it is necessary and enforceable to renegotiate the contract to adapt it to the new reality. It is often stated that, in long-term contracts, the greater the practicality of the rebus sic stantibus clause. However, little or no attention has been paid to the special need for revision and adaptation in the tourism industry. In the tourism industry the balance of the elements plays a special role, since any imbalance or unforeseeable event produces an alteration incomparable to that of other sectors. Tourism was undoubtedly one of the first economic sectors to have suffered the impact of the coronavirus, showing its special vulnerability to external elements. For this reason, the rebus sic stantibus clause and resilience are of particular interest in this sector, terms that must be analyzed together.

Keywords: rebus sic stantibus, resilience, tourism, contracts.

I. INTRODUCCIÓN

Estamos viviendo un momento excepcional y sin precedentes en el que el mundo entero está luchando contra la pandemia del Covid-19, presentando el futuro del sector turístico no pocos interrogantes e incertidumbres, pese a la resiliencia que ha demostrado tradicionalmente en el pasado. Por ello, se hace necesario un sector turístico fuerte, que se adapte a los cambios y que sirva de soporte a la tan esperada recuperación de la economía nacional, siendo necesario que los operadores turísticos interioricen estos cambios y reaccionen ante ellos.

El turismo es quizás uno de los sectores de la actividad económica en los que mayor incidencia ha tenido la presente pandemia mundial de Covid-19, y precisamente por ello, debe liderar la vuelta a la normalidad cuando finalice la actual crisis sanitaria. El sector deberá adoptarse con todo tipo de medidas transversales de refuerzo para el conjunto de los operadores relacionados con la actividad turística, incorporando al proceso de producción, nuevos activos intangibles de relevancia significativa, no reemplazables a corto plazo.

Los operadores de todo tipo implicados en las actividades turísticas han visto como la actividad turística mundial disminuye, prácticamente de manera repentina, hasta mínimos antes inimaginables. Sin duda, la situación que estamos viviendo parecería más propia de la ciencia ficción cinematográfica, aunque como bien es sabido, por desgracia, es frecuente que la realidad supere a la ficción. Frente a dicha realidad, el sector debe prepararse para una crisis de duración indeterminada, y ante la posibilidad de que sea dilate en el tiempo, debe reforzarse la resiliencia de nuestro sistema turístico ante crisis de gran envergadura, como las que se producirán en los contextos futuros. Los operadores turísticos, tienen que contar con un claro plan de acción, pero también deben contar con la aptitud necesaria para aprovechar esta oportunidad, desdramatizando las posibles pérdidas. La resiliencia ante la pandemia dependerá del correcto diseño e implementación de una estrategia turística pos-Covid-19. Dicha estrategia debe permitir a los operadores reaccionar ante los shocks adversos, persiguiendo la mayor flexibilidad del sistema turístico para ajustarse, y recuperar la capacidad de atracción de sus clientes potenciales, en definitiva, debe recuperarse cuanto antes la competitividad dañada por la crisis sanitaria.²

² MOISÉS R. SIMANCAS C, MARTÍN T, FUMERO N (2020). *Turismo pos-COVID-19 Reflexiones, retos y oportunidades*, Editorial Universidad de La Laguna, Cátedra de Turismo.

En este panorama, nos encontramos con múltiples operadores turísticos que han visto como su actividad se ralentizaba, y otros casos, se paralizaba completamente. En ocasiones, la paralización ha sido consecuencia directa de la disminución de la actividad turística como efecto inmediato del miedo a viajar, no obstante, en otras ocasiones, quizás en la mayoría de los casos, dicha paralización, ha venido propiciada más bien, por las propias limitaciones que se han ido imponiendo por las autoridades gubernativas y sanitarias de todo el mundo, en aras de velar por la salud pública colectiva.

Así las cosas, nos encontramos con innumerables contratos turísticos, no ya en la órbita de los consumidores y los operadores, sino entre los propios operadores del sector turístico, es decir, proveedores e intermediarios de todo tipo, cuyo cumplimiento se ha convertido en imposible, o al menos, en extremadamente dificultoso para una, o para ambas partes contratantes. No podemos olvidar que cualquier contratante, cuando firma un contrato, persigue satisfacer sus expectativas e intereses, cumpliendo con el denominado objeto del contrato, siendo ese el propósito e interés que tiene cualquier contratante. Ello es así, pues mediante el cumplimiento de las prestaciones recíprocas, en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, las partes tratan de alcanzar un beneficio mutuo. Si bien es cierto, que cualquier tipo de predicción o conjetura sobre un acontecimiento futuro e incierto, conlleva riesgos e inseguridades, no es menos cierto, que las circunstancias provocadas por el Covid-19 eran absolutamente imprevisibles, con consecuencias todavía desconocidas a medio y largo plazo.

En cualquier caso, también podemos afirmar que, en términos generales, el sector turístico ha estado relativamente acostumbrado a grandes variaciones en la demanda, quizás en mayor medida que otros sectores de actividad. El turismo es una actividad notablemente dependiente de todo circunstancias externas, así como de la estabilidad geopolítica, es decir, circunstancias que habitualmente son totalmente ajenas a la propia actividad turística. La interconexión global ha acentuado las consecuencias negativas de la paralización de la actividad económica. Así las cosas, partiendo desde el comercio más pequeño que podamos imaginar, a la mayor de las multinacionales del mundo, componen un vasto, complejo, interconectado y globalizado ecosistema capitalista de consumo cuyos elementos se contagian con facilidad. Por otro lado, son sumamente frecuentes las catástrofes diversas de todo índole y que suponen auténticos eventos disruptivos de alto impacto. Sin ánimo de exhaustividad, podemos mencionar los fenómenos naturales (terremotos, erupciones volcánicas, huracanes, ciclones, etc.), los derivados del cambio climático (olas de calor extremo, incendios forestales, pérdidas de biodiversidad, subida del nivel del mar, aparición de enfermedades infecciosas), o los derivados de pandemias globales como la del Covid-19, y que hacen necesaria la prevención y reducción de sus consecuencias. Para ello, es vital la rápida recuperación mediante la resiliencia, habiendo motivado que al concepto clásico de desastre con el que operan todas las disciplinas científicas, se incorporen las ideas de riesgo, amenaza, vulnerabilidad y capacidad de respuesta³.

Cualquier operador turístico es consciente que su actividad puede verse afectada por todo tipo de elementos diversos como las crisis económicas o sanitarias, inundaciones, terremotos, incendios, huracanes, crisis políticas, e incluso modas, entre muchos otros. Estos condicionantes provocan un grave impacto en la actividad turística, sobre todo en destinos u operadores, cuyo crecimiento acelerado y desordenado, no ha ido acompañado de planes de prevención a medio y largo plazo. Cualquiera de los casos mencionados, suelen ser impredecibles e inevitables, ofreciendo escasas posibilidades de control previo, lo que provoca grandes perjuicios materiales y humanos en la práctica totalidad de los elementos turísticos

³ SEGADO C.(2020). Excepción y derecho penal en la globalización de las catástrofes. *La Ley*, 144.

afectados. La resiliencia frente al desastre permite evitar que se padezcan grandes secuelas, dependiendo más de la propia concienciación de los operadores turísticos, que de la creación normativa. La improvisación es un factor de deslegitimación que pueden abocar al fracaso en la actividad del operador, debiendo contar este con las suficientes previsiones para responder a la fenomenología provocada por todo tipo de catástrofes.

Se consideran operadores vulnerables en épocas de crisis, aquellos operadores, que cuentan con una capacidad disminuida o limitada de resiliencia a los eventos extremos, es decir, aquellos operadores que tendrán especiales dificultades para adaptarse rápidamente y sin grandes consecuencias negativas a los eventos extremos que se originan de manera repentina, y que originan una caída vertiginosa en el mercado. El operador turístico será resiliente, si puede soportar y rebotar frente a esos eventos extremos que frenan el consumo, es decir, la resiliencia es entendida como la capacidad de absorber perturbaciones, sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad.

II. VENTAJAS DE LA PLANIFICACIÓN ESTRATÉGICA Y LA RESILIENCIA

Una adecuada planificación estratégica favorece la resiliencia del operador turístico, es decir, una mejor y más rápida recuperación del turístico afectado por cualquier tipo de crisis. Sin duda, la planificación y resiliencia afectan de un modo muy directo a la competitividad, pues las consecuencias de los desastres socio-naturales, o de las crisis sanitarias como la actual en los operadores y los destinos turísticos pueden ser muy negativas, creando inseguridad y desconfianza mientras no se logre volver a la normalidad⁴. Así pues, la resiliencia en su aplicación actual tiene mucho que ver con su ámbito original, aplicado a las ciencias físicas y matemáticas, cuando básicamente hacía referencia a la capacidad de un material o de un sistema para volver al estado de equilibrio después de una deformación⁵.

El término resiliencia tiene su origen en el término latino “resilio”, cuyo significado es “saltar hacia atrás, o rebotar”, y que se interpreta, como hemos apuntado, con la habilidad de cualquier objeto para volver a su estado original, o de un sistema para recuperarse rápidamente, después de que se produzca un evento destructivo o perturbador. La resiliencia en el mundo turístico podría ser entendida como la capacidad de los operadores turísticos de adaptarse a situaciones adversas, sacando provecho de las circunstancias negativas, gestionando las consecuencias e imprevistos con relativa facilidad. Los operadores turísticos resilientes se caracterizan por una gran capacidad para “*crear y disolver estructuras, proporcionar seguridad en medio del cambio, gestionar las consecuencias emocionales del mismo, y aprender, desarrollarse y crecer ante las dificultades*”⁶.

Antes de entrar en el análisis de la cláusula rebus sic stantibus que analizaremos, poniéndola en relación con la resiliencia, debemos centrarnos precisamente en el término resiliencia turística. La resiliencia, tal y como se ha adelantado, puede permitir a los operadores turísticos adaptarse y recuperarse de las situaciones de crisis en el consumo, evitándole la inseguridad de tener que acudir a la revisión contractual y eludiendo de ese modo, los graves riesgos que dicha revisión puede comportar para cualquiera de las partes. Asimismo, la

⁴ RODRÍGUEZ-TOUBES D. & ÁLVAREZ J. (2013). Vulnerabilidad del turismo y comunicación institucional ante desastres: estudio de casos, *Revista Digital de Marketing Aplicado*, 11, 137-161.

⁵ BOU, B. (2005), *Comunicación Persuasiva*, Mexico, Ed. Pirámides.

⁶ DEAN R. (2013), *Koontz, Building Organizational Resilience*. Riga, Scholars' Press.

resiliencia, a mi modo de ver, podría ser aplicada, no únicamente en el día a día del operador turístico y las circunstancias fácticas del sector en cuestión, sino a la propia órbita del documento contractual, sirviendo de parámetro y guía entre los contratantes. De ese modo, los operadores turísticos resilientes, se caracterizan porque, entre otras cosas, han previsto en su vínculo contractual, la llegada de una crisis sanitaria como la actual pandemia mundial. Por último, la resiliencia, puede ser también aplicada a las propias políticas públicas y a las disposiciones normativas que afectan al sector turístico, es decir, a las instituciones y las administraciones competentes en el ámbito turístico. Como vemos, la resiliencia del sector turístico en términos generales va más allá que una mera cualidad de los operadores turísticos, no obstante, en el presente artículo, me centraré únicamente en la óptica del operador, por cuanto se trata precisamente de poner de relieve su importancia y la relación con la cláusula *rebus sic stantibus*.

El objetivo es aumentar la resiliencia de los operadores y, de manera indirecta, también de los propios destinos turísticos, tanto en su faceta medioambiental como socioeconómica, en caso de desastres naturales, o incluso, sanitarios como el que nos ocupa, integrando la gestión general de esas catástrofes naturales o crisis, en la planificación y desarrollo turístico⁷. La denominada resiliencia, se refiere a la capacidad de los operadores turísticos para fomentar el desarrollo endógeno de sus recursos materiales, económicos, humanos y de organización social, haciendo posible superar y gestionar las crisis y catástrofes de la mejor manera posible⁸. Así, por ejemplo, se debería compatibilizar la tendencia turística reflejada en la separación entre globalización y localización, que convergen, pero continuamente en conflicto, por parecer incompatible lo macro y lo micro. Por un lado, la globalización favorecida por la tecnología de la información, así como por la privatización y la liberalización. Por otro lado, encontramos la localización, a través de la cual, las localidades buscan sus propias identidades en contra de la tendencia globalizadora. Las dos tendencias contrapuestas crean un inevitable conflicto entre lo global y local, frente a lo que verdaderamente favorecería al mercado y al sector. En cualquier caso, este ejemplo anterior, es uno de tantos elementos que podrían servir al objetivo descrito, es decir, aumentar la resiliencia de los operadores, con el objetivo de evitar la revisión contractual por parte de los implicados, en caso de acontecer circunstancias extraordinarias sobrevenidas.

Los planteamientos colectivos, colaborativos y cooperativos favorecerían la evolución de los mercados mundiales y serían un avance significativo en favor de una resiliencia global integradora. La clave estaría en superar cualquier tipo de resistencia al cambio, asumiendo un compromiso real, con un propósito claro dirigido a la inversión de recursos, marcando metas y objetivos. El operador debe estar preparado, de la mejor manera posible, ante cualquier cambio repentino en el mercado, tratando de ampliar sus horizontes hacia una mayor oferta de productos y servicios, es decir, aumentando su creatividad, para poder sobrevivir bajo circunstancias adversas. Se trataría de superar las circunstancias traumáticas, mediante la capacidad para adaptarse positivamente a situaciones adversas del mercado, restableciendo la normalidad del servicio a partir del aprendizaje y la reorganización del sistema⁹.

⁷ RIVERA MATEOS M. & FÉLIX MENDOZA A. G. (2019). Planificación estratégica y gobernanza en la recuperación de destinos turísticos afectados por desastres socio-naturales. Un estado de la cuestión. *Investigaciones Geográficas*, 72, 235-354.

⁸ ORCHISTON C. (2013). Tourism business preparedness, resilience and disaster planning in a region of high seismic risk: the case of the Southern Alps, New Zealand. *Current Issues in Tourism*, 16, 477-494.

⁹ LUTHE, T., Y WYSS, R. (2014). Assessing and planning resilience in tourism. *Tourism Management*, 44, 161-163.

Se deben poder identificar y medir las inestabilidades de un sistema y transformarlas a través de la organización, las personas y las áreas que componen el negocio, logrando resultados positivos incluso durante la adversidad. La capacidad de resiliencia de los operadores es un tema ampliamente tratado en la actualidad. El operador turístico será más resiliente cuanto más diversidad, autorregulación¹⁰ e interacción entre sus elementos internos posee. El operador que cuenta con diversificación goza de ventajas, pues si hay múltiples ámbitos dentro del mismo, en caso de que uno de ellos sufra un ataque, el otro puede resistir, aprender y superar el evento adaptándose. Las estructuras rígidas, por ejemplo, son poco resistentes a los cambios abruptos y no resisten. La flexibilidad y la innovación constante permiten una mayor capacidad de supervivencia frente a eventos catastróficos.

Un operador turístico con gran resiliencia debe tener capacidad de reconstrucción e innovación continua frente a los valores, procesos y conductas de la organización, que de forma sistemática favorecen la perpetuación por sobre la innovación¹¹. Los operadores no pueden confiar su suerte y supervivencia a la posible aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, que además de suponer un gran riesgo, tampoco es la panacea a cualquier tipo de eventualidad. Además, la cláusula en cuestión, como podremos examinar más adelante, no es de fácil aplicación, pues la jurisprudencia ha venido dejando clara constancia de su aplicación restringida, únicamente cuando se cumplen escrupulosamente una serie de requisitos.

En cualquier caso, ser resiliente no implica, en ningún caso, capacidad de adaptación ante todas las adversidades eventuales que se puedan presentar. El impacto negativo de elementos inesperados y extraordinarios no se puede evitar por completo en ningún caso, creando siempre ciertos efectos negativos inevitables en el operador turístico. Sin embargo, un operador resiliente logrará sobreponerse a estos sucesos y adaptarse con el paso del tiempo, sin consecuencias catastróficas en su actividad.

En consecuencia, lo más recomendable para el operador turístico es maximizar la flexibilidad y resiliencia, para hacer frente a las etapas más duras que se puedan presentar en momentos extraordinarios. Si bien es cierto que, ante escenarios de poca demanda, pero centrados en periodos de corta duración, la confianza y gasto se recupera con cierta facilidad, no ocurre lo mismo cuando la recuperación de la economía global se dilata en el tiempo. Las organizaciones deben dotarse de estructuras y protocolos internos que sean mucho más flexibles y con mayor capacidad de respuesta que las estructuras tradicionales¹².

El profesional del sector turístico debe ser capaz de encontrar el camino frente a la adversidad, en lugar de desesperarse ante situaciones de crisis¹³. El operador turístico, tiene un valor directamente proporcional a su capacidad para enfrentarse a situaciones difíciles. La resiliencia debe ser entendida como resistencia, preservación y desarrollo, pues la falta de capacidad de adaptación y reinención se incrementará con las turbulencias del sector¹⁴. Los mercados no son perfectos y además de las crisis extraordinarias de corta duración, existen los comportamientos cíclicos inevitables. En definitiva, podemos afirmar que, en el mundo actual,

¹⁰ TALEB N. (2013). *Antifragil. Las cosas que se benefician del desorden*, Barcelona, Paidós Transiciones.

¹¹ VÄLIKANGAS L & HAMEL G. (2003). En busca de la resiliencia", *Harvard Business Review*, 9, 40-52.

¹² VARGAS J. (2016). La resiliencia empresarial elemento clave en el cambio organizacional, *revista Iberoamericana de Gobierno Local*, 10,

¹³ ACUÑA, E (2011). La resiliencia empresarial. Sobreponiéndose eficazmente a las adversidades y el fracaso, *Revista negocios internacionales*, 3.

¹⁴ TAPIA, G. (2012). Las empresas resilientes y la relación con el valor organizacional. Pymes textiles. *Tesis Universidad de Buenos Aires*. Facultad de Ciencias Económicas

por múltiples motivos, constantemente se ponen a prueba las aptitudes de supervivencia de los operadores¹⁵.

El sector turístico, como uno de los sectores más vulnerables, ha experimentado una caída continuada de la demanda de consecuencias catastróficas y todavía difícilmente cuantificables a medio y largo plazo, afectando a los grandes proveedores, pero también a los intermediarios y pymes de todo el mundo. Incluso, no es descabellado pensar que, tras la reactivación futura de la actividad turística, la pandemia habrá modificado definitivamente el comportamiento de los viajeros¹⁶. Una vez más, este eventual escenario haría imposible la aplicación de revisiones contractuales acudiendo a la cláusula rebus sic stantibus, por la sencilla razón de que el cambio de las preferencias de los consumidores, en ningún caso puede servir de base para la aplicación de este recurso excepcional y subsidiario. Las herramientas que puedan permitir a los operadores hacer frente a esos nuevos escenarios post pandemia, deben crearse por los propios operadores en sus operativas diarias y, en su caso, servir también para la redacción de las condiciones y pactos incluidos en los contratos entre los operadores.

III. MAYOR RESILIENCIA Y MENOR ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

La respuesta a los planteamientos anteriores la podemos encontrar en la resiliencia, pues los operadores turísticos deben prepararse interna y anticipadamente, implementando de manera real los sistemas de análisis de datos e informaciones para la toma de decisiones, con planes que permitan conocer las preferencias del mercado. Una mayor resiliencia del operador turístico tendrá como consecuencia inmediata, una disminución de la sorpresa y de la imprevisibilidad. Dicho de otro modo, a más resiliencia, menor será la imprevisibilidad y onerosidad derivada de circunstancias extraordinarias e inesperadas, determinando una menor aplicabilidad de la cláusula rebus sic stantibus. En consecuencia, la mayor resiliencia, restringe proporcionalmente el ámbito de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, o dicho de otro modo, el espacio reservado a la imprevisibilidad de los acontecimientos será menor, cuanto mayor sea la resiliencia del operador.

Cuando nos encontramos ante un operador turístico capaz de adaptarse a los cambios repentinos, ya sea por haber previsto las posibles circunstancias eventuales con la debida antelación, ya sea por haberse dotado de los medios necesarios para afrontar las consecuencias negativas, la coyuntura excepcional le afectara de manera considerablemente más leve. En tal caso, el operador podrá cumplir las cláusulas contractuales hasta sus últimas consecuencias, sin ocasionarle un sacrificio desproporcionado o especialmente gravoso, que haga necesario acudir a la cláusula rebus sic stantibus. Ello, no es incompatible con el hecho de que quizás, las prestaciones se hayan desequilibrado sustancialmente entre las dos partes contratantes, aunque como sabemos, esto no sería por sí solo suficiente para la revisión del contrato mediante la cláusula rebus sic stantibus.

Los contratantes deben tratar siempre de acomodar, en la medida de lo posible, las condiciones y elementos del contrato a una serie de circunstancias eventuales, que podrían

¹⁵ WALTER J. (2002), Resiliencia organizacional o cómo resistir ante catástrofes. *Revista Encrucijadas*, n° 20, 68-71

¹⁶ CANALÍS X, HINOJOSA V. & VILARASAU D. (2020), Resiliencia. *Revista Hosteltur Resiliencia*, n° 297.

acontecer de una forma más o menos previsible. De ese modo, ante eventualidades de cualquier tipo, los contratantes tienen pactadas unas reglas o parámetros a los que acudir para actualizar los elementos que rigen el vínculo contractual. Ahora bien, es prácticamente imposible tener presente en las cláusulas contractuales, hechos tan repentinos e imprevisibles como los acontecidos por la pandemia sanitaria actual. En tal caso, es obvio que se hace necesario y exigible renegociar el contrato, adaptando sus cláusulas a la nueva realidad, todo ello mediante la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, que en teoría debe permitir esa posibilidad.

La cláusula *rebus sic stantibus* en realidad, podría ser considerada realmente como una especie de condición implícita. Las partes van a pactar las obligaciones y derechos, según sus condiciones en el momento de la celebración del contrato, pero condicionan implícitamente el cumplimiento contractual, a la permanencia de las circunstancias presentes al tiempo de contratar. La contundencia de esta condición implícita es tal, que incluso las partes desconocen en realidad su existencia, es decir, la cláusula está presente en todo el ciclo de vida del contrato, es decir, durante toda su ejecución, a no ser que las partes la excluyan expresamente. La cláusula es compatible con el principio *pacta sunt servanda*, ahora bien, esta compatibilidad parte de una ficción indemostrable: que las partes no querían el cumplimiento si se producía un cambio de circunstancias¹⁷.

Es sumamente frecuente que se afirme desde la doctrina y jurisprudencia que en los contratos de larga duración, es decir, los de tracto sucesivo, será donde la virtualidad práctica de la cláusula tenga un mayor impacto. Precisamente el soporte legal que mantiene las interconexiones de los operadores turísticos en funcionamiento viene constituido por los contratos denominamos, contratos de tracto sucesivo. Dichos contratos son aquellos que vincula a las partes a través de una relación estable en el tiempo, en virtud de la cual se mantiene la obligación de una prestación o la realización de sucesivas prestaciones de la misma naturaleza, a diferencia de los contratos de tracto único, cuyo cumplimiento se agota en una sola ocasión, como ocurre, por ejemplo, en una compraventa o en una permuta. Como ejemplos de contratos de tracto sucesivo podemos citar: contratos de suministro continuado de productos, transporte de estos productos, depósito, servicio logístico, distribución, mantenimiento y reparación, arrendamientos, etc.

Se afirma que, a mayor duración del contrato, mayores divergencias se producirán, entre la representación mental que han realizado los contratantes al concertar el contrato y el discurrir final y definitivo de los acontecimientos. Siendo eso cierto, no es menos cierto, que tras el Covid-19, prácticamente no se ha prestado atención a la especial necesidad de revisión y adaptación de los contratos turísticos, donde el equilibrio de los elementos juega un papel especial, y donde cualquier elemento desequilibrante, o acontecimiento imprevisible, como hemos apuntado, produce una alteración incomparable a la de otros sectores. El turismo fue sin duda uno de los primeros sectores económicos que ha sufrido el impacto del coronavirus, mostrando su especial vulnerabilidad a los elementos externos.

Si bien es cierto, tal y como ha quedado claro en líneas anteriores, que en los contratos de tracto sucesivo es donde tiene lugar la aplicación excepcional de la cláusula, parece lógico, como apuntan determinados autores, que se pueda aplicar siempre que estén separados, el momento de la perfección y el de la consumación del contrato. Lo anterior, no debe ser incompatible con el hecho de que la STS 156/2020 de 6 de marzo diga que en un contrato de

¹⁷ CASTIÑEIRA J. (2017). *La doctrina rebus sic stantibus, El incumplimiento justificado del contrato ante el cambio de circunstancias*. Valencia, Tirant lo blanch.

corta duración “*difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no quede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato*”. El límite de aplicación no debe depender tanto de la duración del contrato sino de que, si el tiempo entre la perfección y la consumación del contrato es corto, será más difícil alegar la imprevisibilidad. De ese modo, mientras que la crisis económica tuvo un carácter progresivo, y por eso la STS 156/2020 considera que la variación en el mercado de publicidad en un año no era suficientemente relevante ni imprevisible. Con otros acontecimientos, y en concreto con la pandemia, es innegable tal y como estamos comprobando, que unos pocos días son suficientes para que la situación cambie radicalmente¹⁸.

Como veremos a continuación, es importante, tratar de evitar acudir a la revisión contractual por la vía de la cláusula rebus, existiendo básicamente y según mi parecer, tres posibilidades para evitar acudir a la revisión del contrato vía cláusula rebus. En primer lugar, la más evidente, es la posibilidad que tienen los contratantes, si así lo prefieren, de mantener su relación contractual actuando y negociando entre ellos con buena fe, estableciendo para la situación de crisis, unos mecanismos transitorios que sirvan para regular la relación mientras se atraviesa el periodo de crisis. En segundo lugar, los propios operadores turísticos, como hemos venido analizando en líneas anteriores, puede tener la facultad de sobreponerse a dicho periodo de crisis sanitaria, aplicando sus propias herramientas internas, basándose fundamentalmente en esa capacidad de resiliencia que les hace capaces de soportar la ralentización de su sector económico. En tercer lugar, existe una opción ecléctica o mixta, consistente básicamente en una mezcla de las dos anteriores, negociando y estableciendo reglas para ese periodo transitorio dentro del marco contractual, pero también haciendo uso a su vez, de la capacidad de resiliencia.

IV. DIFICULTAD DE APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS

Como se apuntaba en líneas anteriores, lo ideal es evitar tener que acudir a la aplicación de la cláusula rebus dado que, por un lado, habría que asumir el riesgo de la revisión contractual, de inciertas consecuencias y, por otro lado, los Tribunales se muestran muy poco propicios a su aplicación, exigiendo el cumplimiento exhaustivo de determinados requisitos. Por ello, como se ha venido diciendo en párrafos anteriores, el escenario ideal será aquel en el que el operador turístico pueda adaptarse a la nueva situación sobrevenida, basándose únicamente en la resiliencia del propio operador. Tenemos que partir de tres preceptos clave, que sientan el principio general del obligado cumplimiento de lo libremente estipulado en cualquier negocio jurídico y el postulado básico y esencial del *pacta sunt servanda*. Así, el artículo 1.091 del Código Civil que dispone que “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos”. Esto se encuentra ratificado en lo dispuesto en el artículo 1.258 que establece que “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, el uso y a la ley”. Asimismo, el artículo 1.256 dispone que “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de uno de los contratantes”.

¹⁸ SEGISMUNDO A (2020). Pandemia, fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus a la luz de la Jurisprudencia. *Diario La Ley Sección Doctrina*, 961.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible una interpretación más extensiva y lógica en la que las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles y con daños extraordinarios, puedan suponer la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, dejando sin efecto el contrato o modulando o modificando las prestaciones exigibles pactadas. En ningún caso podemos olvidar que ya el propio Preámbulo del RDL 15/2020 recoge la posible aplicación de la cláusula al establecer que “(...) ante esta situación, procede prever una regulación específica en línea con la cláusula rebus sic stantibus, de elaboración jurisprudencial, que permite la modulación o modificación de las obligaciones contractuales si concurren los requisitos exigidos: imprevisibilidad e inevitabilidad del riesgo derivado, excesiva onerosidad de la prestación debida y buena fe contractual (...)”. Eso sí, al objeto de acreditar la aplicación restrictiva de la cláusula rebus sic stantibus, podemos destacar, entre muchas otras, la STS de fecha 25-1-07 que establece que la cláusula rebus sic stantibus, no está legalmente reconocida y que se ha creado doctrinalmente, basándose en principios de equidad, existiendo la posibilidad de ser admitida por los Tribunales. Señala la Sentencia en cuestión que estamos ante una cláusula peligrosa y debe ser admitida con cautela, exigiendo su admisión como premisas fundamentales: a) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato, en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración. b) Una desproporción exorbitante fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones. c) Que todo ello acontezca por haber sobrevenido radicalmente imprevisibles.

Se podría añadir un cuarto requisito, derivado precisamente del elemento que estamos analizando y que deriva implícitamente del resto, consistente en la no existencia de resiliencia en los operadores afectados, es decir, la no existencia de flexibilidad y la falta de adaptación mediante la previsión anticipada. Ello es así, porque tal y como hemos afirmado en líneas anteriores, si dicha resiliencia hubiese existido, no existiría una desproporción exorbitante no calculada entre las prestaciones, aunque las circunstancias fueran radicalmente imprevisibles. Por ello, se puede afirmar rotundamente que, a mayor resiliencia, menor será la posibilidad de aplicación de la cláusula rebus. A priori, puede parecer que, en tal caso, la existencia de resiliencia en el operador iría en perjuicio de las partes, pues la cláusula rebus es una especie de seguro para los contratantes. Nada más lejos de la realidad pues, por un lado, aplicando la cláusula rebus, una de las partes saldrá siempre más perjudicada y, por otro lado, ante circunstancias extraordinarias sobrevenidas, nada mejor que acudir a la propia previsión y herramientas internas del operador, disminuyendo así el riesgo de manera notable.

Asimismo, la STS de fecha 20-11-09, el TS recuerda la concepción más restrictiva de la cláusula rebus. La doctrina rebus sic stantibus es excepcional porque, en primer lugar, su existencia y aplicación es estrictamente jurisprudencial; en segundo lugar, porque los requisitos y presupuestos de aplicación son de muy difícil apreciación y, en tercer lugar, porque el TS ha venido afirmando, hasta fecha muy reciente, de forma constante y reiterada, que dicha doctrina es de aplicación extraordinaria. Dicho lo cual, es evidente una vez más que, si el operador turístico desea tener un opción verdadera y fiable ante situaciones imprevisibles y extraordinarias, nada mejor que dotarse de los medios necesarios para lograr ser un operador resiliente.

La doctrina y la jurisprudencia han aceptado la posibilidad de revisión de un contrato con aplicación del principio general de la cláusula rebus sic stantibus que exige los requisitos de alteración de las circunstancias entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, lo que se ha de

haber producido por un riesgo imprevisible, y por último la subsidiariedad, por no haber otro remedio. Lo cual puede dar lugar no a la extinción del contrato, sino a su modificación y revisión, recogidas entre otras muchas posteriores, en las STS 17-11-00 y 1-3-07. No podemos olvidar que, a mayor concreción en el texto del contrato, menor margen a la interpretación y, en consecuencia, menor riesgo de una interpretación desfavorable. Así, el intérprete debe partir de las propias palabras, pero la interpretación no puede detenerse, como sabemos, en el sentido meramente gramatical de las mismas, debiendo indagarse fundamentalmente la intención de las partes, el espíritu y finalidad del negocio, sin excluir, conforme al art. 1282, los actos anteriores ni las demás circunstancias que puedan contribuir a la acertada investigación de la voluntad de los otorgantes. Asimismo, es también jurisprudencia consolidada que el párrafo primero del art. 1281 es inaplicable y por ello no puede considerarse infringido cuando, por defecto de redacción de las cláusulas del contrato, se susciten dudas y controversias entre las partes interesadas sobre el alcance e inteligencia de lo convenido, porque entonces, surgida la divergencia, corresponde a los Tribunales resolverla por medio de la interpretación.

En la actualidad, ante la grave situación de crisis sanitaria originada por la pandemia de Covid-19, vuelven a invocarse tesis sobre las posibles consecuencias de la alteración de las circunstancias de forma extraordinaria, multiplicándose las peticiones de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus. Ciertamente, en múltiples Sentencias no se niega la posibilidad de aplicación, incluso en contratos como la compraventa, que no es de tracto sucesivo, y con efectos resolutorios. Debe destacarse la Sentencia del pleno del TS, de fecha 17-1-13 dice: “(...) *La cláusula o regla rebus sic stantibus trata de solucionar los problemas derivados de una alteración sobrevenida de la situación existente o circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración del contrato, cuando la alteración sea tan acusada que aumente extraordinariamente la onerosidad o coste de las prestaciones de una de las partes o bien acabe frustrando el propio fin del contrato. Reconocida dicha regla por la jurisprudencia, ésta se ha mostrado siempre sin embargo, muy cautelosa en su aplicación, dado el principio general contenido en el art. 1091 Cc de que los contratos deben ser cumplidos (STS 10-12-90 , 6-11-92 , 15-11-00) , más excepcional aún, se ha considerado su posible aplicación a los contratos de tracto único, como es la compraventa (STS 10-2-97 , 15-11-00 , 22-4-04 , 1-3-07) , y por regla general se ha rechazado su aplicación a los casos de dificultades de financiación del deudor de una prestación dineraria (STS 20-5-97 , 23-6-97) (...)*”.

En definitiva la posible aplicación de la regla rebus sic stantibus a contratos celebrados por operadores turísticos afectadas por la crisis sanitaria, no puede fundarse únicamente en el hecho de la pandemia y las consiguientes dificultades para el funcionamiento del mercado turístico, sino que requerirá valorar un conjunto de factores necesitados de prueba, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por un operador al otro, en función de su tamaño y de su verdadero poder de negociación, o de imposición de cláusulas contractuales, es decir, las posibilidades de negociación de las condiciones.

V. CONCLUSIONES

La paralización o ralentización de la actividad turística por la grave pandemia del COVID-19 se está prolongando tanto el tiempo, que básicamente esta produciendo en algunos operadores del sector, análogas consecuencias a las que se producirían por la inactividad total de la economía. El coronavirus ha provocado una de las mayores crisis de la historia del sector

turístico, enfrentándose a una de las disminuciones más acentuadas de demanda de toda su historia. Las cifras del sector se han desplomado de forma repentina y preocupante, afectando a numerosas actividades que directa o indirectamente derivan de la actividad turística. El turismo en España estaba evolucionando en los últimos años de forma notablemente competitiva y consolidada dentro de la economía mundial. La resiliencia de la industria turística es básica para hacer frente a la evolución de la pandemia, pero también, y en gran medida, la recuperación del sector dependerá de las políticas legislativas y sanitarias que se adopten, ya que los efectos negativos se agudizan por la confusión en la aplicación de estrategias y políticas públicas y, por la escasez e insuficiencia de planes de recuperación e incentivos¹⁹.

Una correcta planificación con una clara intencionalidad sistémica, junto a la resiliencia, podrán garantizar a medio y largo plazo la competitividad del operador turístico, ante circunstancias extraordinarias e imprevistas como la acontecida en la actualidad. Los operadores turísticos más vulnerables, serían aquellos incapaces de sobreponerse con agilidad a situaciones repentinas, es decir, aquellos incapaces de enfrentarse a las circunstancias, asumiéndolas y resurgiendo de ellas, incluso transformándose a partir de las mismas. Este tipo de situaciones sobrevenidas originan una afectación súbita de consecuencias negativas en el mercado turístico, y este tipo de operadores vulnerables, muestran una limitada capacidad de resiliencia a eventos extremos. Estos operadores turísticos que dilatan en el tiempo su adaptación a las nuevas circunstancias, frecuentemente son incapaces de anteponerse a la caída vertiginosa en el mercado. El operador debe ser resiliente, soportando y superando el evento extremo que frena el consumo, es decir, tiene que ser capaz de absorber perturbaciones, aprovechando las circunstancias negativas para reinventarse e innovar, acometiendo proactivamente las reformas en los próximos años.

La resiliencia evita que los operadores turísticos necesiten acudir a la revisión contractual, mediante la cláusula rebus sin stantibus, no exponiéndose a los graves riesgos que dicha revisión puede conllevar, no solo por las posibles consecuencias negativas en su aplicación, sino también por el hecho de no arriesgar la viabilidad económica del operador a la aplicación o no de la cláusula. La propia facultad o capacidad de resiliencia, puede servir de parámetro y guía para medir la fortaleza del operador, constituyendo siempre un horizonte más esperanzador y menos imprevisible que la cláusula rebus. Ahora bien, a mayor resiliencia, menor margen quedaría para defender la imprevisibilidad ante situaciones extraordinarias y repentinas, o lo que es lo mismo, a mayor resiliencia, menor ámbito de aplicación para la cláusula rebus sin stantibus. Ello es así, por cuanto dicha cláusula, trata de mitigar precisamente el efecto que produce la alteración extraordinaria y sobrevenida de las circunstancias, entre el momento de la perfección del contrato y el de consumación, evitando que se produzca una desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes, dado el riesgo imprevisible acontecido. Por ello, si una o ambas partes tienen la virtud de ser resilientes, es posible su adaptación a las nuevas circunstancias imprevisibles, perdiendo la cláusula parcial o totalmente su razón de ser.

En base a la imprevisibilidad, se hace necesario precisar, que siendo cierto lo expuesto en el párrafo anterior, no es menos cierto que la aplicación de la cláusula rebus, no está pensada únicamente para operadores no resilientes, o que sean incapaces de hacer frente a los efectos lesivos ocasionados por el Covid-19. Ello es así, por cuanto el operador capaz de soportar en mayor o menor medida los efectos lesivos de la pandemia, podrá también acudir a la revisión vía cláusula rebus, ahora bien, en ellos la aplicación de la cláusula será todavía más compleja,

¹⁹ PEREZ GUERRA R. (2020). Algunas notas sobre el derecho administrativo del turismo: covid-19. *Revista General de Derecho del Turismo*, 54

siendo necesario en esos casos, probar de una manera reforzada los requisitos de aplicación. La cuestión, como vemos esta, íntimamente unida a la resiliencia del operador, ello es así, pues debemos tener claro que la resiliencia se refiere exclusivamente a la capacidad para una asunción de un riesgo básico, pero en ningún caso un riesgo como el acontecido por el Covid-19, y que se refiere a algo tan extraordinario y excesivo que afectaría a la base económica del negocio jurídico. En consecuencia, al tratarse de unas circunstancias de tan considerable onerosidad, podría permitirse, a pesar de encontrarnos ante operadores resilientes, que entre en juego y se pueda aplicar la cláusula rebus, aunque quizás, con menor contundencia que en el caso de operadores no resilientes.

BIBLIOGRAFIA

- Acuña, E (2011). La resiliencia empresarial. Sobreponiéndose eficazmente a las adversidades y el fracaso, *Revista negocios internacionales*, 3.
- Bou, B. (2005), *Comunicación Persuasiva*, Mexico, Ed. Pirámides.
- Canalís X, Hinojosa V. & Vilarasau D. (2020), Resiliencia. *Revista Hosteltur Resiliencia*, 297.
- Castiñeira J. (2017). *La doctrina rebus sic stantibus, El incumplimiento justificado del contrato ante el cambio de circunstancias*. Valencia, Tirant lo blanch.
- Dean R. (2013), *Koontz, Building Organizational Resilience*. Riga, Scholars' Press.
- Luthe, T., Y Wyss, R. (2014). Assessing and planning resilience in tourism. *Tourism Management*, 44, 161-163.
- Moisés, R. Simancas, C, Martín T y Fumero, N (2020). *Turismo pos-COVID-19 Reflexiones, retos y oportunidades*, Editorial Universidad de La Laguna, Cátedra de Turismo.
- Orchiston C. (2013). Tourism business preparedness, resilience and disaster planning in a region of high seismic risk: the case of the Southern Alps, New Zealand. *Current Issues in Tourism*, 16, 477-494.
- Perez, R. (2020). Algunas notas sobre el derecho administrativo del turismo: covid-19. *Revista General de Derecho del Turismo*, 54
- Rivera, M. & Félix A. G. (2019). Planificación estratégica y gobernanza en la recuperación de destinos turísticos afectados por desastres socio-naturales. Un estado de la cuestión. *Investigaciones Geográficas*, 72, 235-354.
- Rodríguez D. & Álvarez J. (2013). Vulnerabilidad del turismo y comunicación institucional ante desastres: estudio de casos, *Revista Digital de Marketing Aplicado*, 11, 137-161.
- Segado, C.(2020). Excepción y derecho penal en la globalización de las catástrofes. *La Ley*, 144.
- Segismundo, A. (2020). Pandemia, fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus a la luz de la Jurisprudencia. *Diario La Ley Sección Doctrina*, 961.
- Taleb N. (2013). *Antifrágil. Las cosas que se benefician del desorden*, Barcelona, Paidós Transiciones.

Tapia, G. (2012). Las empresas resilientes y la relación con el valor organizacional. Pymes textiles. *Tesis Universidad de Buenos Aires*. Facultad de Ciencias Económicas.

Välikangas L & Hamel G. (2003). En busca de la resiliencia, *Harvard Business Review*, 9, 40-52.

Vargas J. (2016). La resiliencia empresarial elemento clave en el cambio organizacional, *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, 10,

Walter J. (2002), Resiliencia organizacional o cómo resistir ante catástrofes. *Revista Encrucijadas*, 20, 68-71