

**EFFECTOS DEL COVID-19 EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES:
EL ART. 36 DEL RD-LEY 11/2020***

*Manuel Jesús Marín López***
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 11 de abril de 2020

1. Introducción

El Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (convalidado por Resolución de 9 de abril de 2020, del Congreso de los Diputados; BOE nº 103, de 13 de abril), incluye en la Sección 3ª del Capítulo I unas “medidas de protección de los consumidores”. Esa Sección 3ª contiene dos preceptos: los arts. 36 (“Derecho de resolución de determinados contratos sin penalización por parte de los consumidores y usuarios”) y 37 (“Medidas de restricción a las comunicaciones comerciales de las entidades que realicen una actividad de juego regulada en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego”).

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana, en base a la Propuesta de Resolución Definitiva de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Dirección General de Universidades, Investigación e Innovación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de 10 de marzo de 2020.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9645-6325>. Los profesores Juan José Marín López, José Manuel Busto Lago, José Ramón García Vicente y Natalia Álvarez Lata han leído una primera versión del trabajo. Quiero agradecerles las observaciones que han formulado, y que han servido, sin duda alguna, para mejorar el original.



Este trabajo tiene por objeto examinar los tres primeros apartados del art. 36 del RD-Ley 11/2020¹. Para ello el trabajo se divide en las siguientes partes. Se examina en primer lugar la finalidad y estructura de este art. 36 (epígrafe 2) y su ámbito de aplicación (epígrafe 3). Después se analiza el supuesto de hecho de la norma: el incumplimiento del empresario a consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma (epígrafe 4). El epígrafe 5 versa sobre el plazo de sesenta días durante el cual las partes pueden negociar y que necesariamente ha de transcurrir para que el consumidor pueda ejercitar la acción de resolución. El derecho de resolución se estudia en el epígrafe 6, haciendo especial mención a los casos en que procede, su plazo de ejercicio y sus efectos. El art. 36.3 se refiere instaura un régimen específico para los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, que se trata en el epígrafe 7. El epígrafe 8 examina la aplicación temporal del art. 36. Por último, el epígrafe 9 contiene unas reflexiones finales sobre el precepto.

2. El artículo 36 del RD-Ley 11/2020: finalidad y estructura

El art. 36 del RD-Ley 11/2020 se divide en cuatro apartados. El primero autoriza al consumidor a resolver el contrato celebrado con un empresario cuando a este le resulte imposible cumplirlo debido a las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma. Pero para poder resolverlo las partes tiene que haber intentado alcanzar un acuerdo novatorio durante un período de, al menos, sesenta días. El apartado segundo se refiere a los efectos de la resolución del contrato, obligando al empresario a devolver al consumidor las cantidades abonadas por este. El tercero analiza el régimen aplicable a los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo. Por último, el apartado cuarto se ocupa de los efectos de la cancelación de un contrato de viaje combinado con motivo del COVID-19, ordenando que el consumidor recibirá un bono por el importe abonado que podrá ser utilizado durante un año desde la finalización del estado de alarma, y que únicamente podrá solicitar el reembolso íntegro del precio cuando haya transcurrido ese año sin haber utilizado el bono.

En una primera aproximación podría parecer que este art. 36 es una norma de protección del consumidor. Es el primer precepto incluido en una Sección titulada “medidas de protección del consumidor”, y la propia rúbrica del artículo da a entender que se atribuye al consumidor un derecho: el “derecho de resolución” a favor del consumidor “sin

¹ Sobre el art. 36.4, v. AGÜERO ORTÍZ, “[Reduciendo los derechos de los consumidores en tiempo de COVID-19: limitaciones al derecho al reembolso de viajes combinados violando el Derecho de la Unión Europea](https://hayderecho.expansion.com/2020/04/03/reduciendo-los-derechos-de-los-consumidores-en-tiempo-de-covid-19-limitaciones-al-derecho-al-reembolso-de-viajes-combinados-violando-el-derecho-de-la-union-europea/)”, en la web Hay Derecho, 3 de abril de 2020 disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/04/03/reduciendo-los-derechos-de-los-consumidores-en-tiempo-de-covid-19-limitaciones-al-derecho-al-reembolso-de-viajes-combinados-violando-el-derecho-de-la-union-europea/>; fecha de consulta: 13 de abril de 2020].



penalización” alguna para él. Pareciera que la norma concede al consumidor un derecho (el de resolución) que antes no tenía. Esta intención de aumentar la protección del consumidor se advierte en la Exposición de Motivos de la Ley, que señala que “es necesario dotar a los consumidores y usuarios de los mecanismos que garanticen sus derechos y su protección”. Y que “para ello se adoptan diferentes medidas aplicables a los contratos de compraventa de bienes y de prestación de servicios, sean o no de tracto sucesivo, cuya ejecución sea imposible como consecuencia de la aplicación de las medidas adoptadas en la declaración del estado de alarma. En estos casos, los consumidores y usuarios podrán ejercer el derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días”.

Lo cierto, sin embargo, es que este art. 36 no atribuye al consumidor ningún derecho nuevo, y que, en realidad, lo que hace es paralizar durante un tiempo (al menos sesenta días) la posibilidad que tiene el consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del empresario y obtener la devolución del precio. De este modo, lo que se pretende es que, una vez terminado el estado de alarma, no se disparen en un breve espacio de tiempo las reclamaciones contra los empresarios, pidiendo la resolución del contrato y la restitución del precio pagado; pues esto podría colocar a estos empresarios en una difícil situación económica, agravando si cabe la que ya tendrán por el cierre prolongado de sus establecimientos. La finalidad tuitiva del sistema económico es evidente, y se plasma con especial crudeza en el apartado 4, que permite a las empresas del sector de viajes combinados “retener” durante un año el precio pagado por los consumidores, con el fin de evitar una devolución masiva de cantidades que les llevaría a la quiebra.

La interpretación del art. 36 no resulta fácil. El precepto está mal redactado. Así, el apartado 1 no describe con claridad el supuesto de hecho, ni especifica en qué casos procede la resolución del contrato. Tampoco es muy preciso a la hora de diseñar ese período de “negociación” entre las partes que necesariamente ha de transcurrir antes de que el consumidor pueda resolver el contrato. El art. 36.2 ha de interpretarse en conexión con el apartado primero. Pues aunque no se indica expresamente, se ocupa de los efectos de la resolución del contrato decretada conforme al art. 36.1. El art. 36.3 también presenta dificultades interpretativas. Su primera frase (¡con una extensión de seis líneas!) tiene una redacción penosa. Tampoco está clara la relación de este precepto con el art. 36.1, y en particular, es llamativa la prohibición de “rescisión” que se contiene en su última línea, que casa mal con la reclamación al empresario de las cantidades que correspondan a servicios no prestados y con la posibilidad de resolver el contrato del art. 36.1.

Para interpretar el precepto puede resultar útil el documento del Ministerio de Consumo titulado “Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)”, del 2 de abril de 2020 [disponible en <http://cec->



msssi.es/CEC/docs/documentos/noticias/20200326_Actualizacion_nota_derechos_cons_umidores.pdf]. En lo sucesivo, me referiré a él como documento del Ministerio de Consumo.

Este art. 36 es de interpretación restrictiva, por dos razones. En primer lugar, porque es un precepto “excepcional”, en el sentido del art. 4.2 CC, al tratarse de una norma que constituye una derogación de las normas generales, para un determinado sector, de manera que sus soluciones están en franco contraste con las que deberían haberse aplicado de no existir la legislación excepcional. Como se trata de una norma excepcional, no cabe su aplicación analógica (art. 4.2 CC), y debe interpretarse restrictivamente. En segundo lugar, por el principio *pro consumatore* que rige nuestro derecho (art. 51 CE, y arts. 19 y 59 TRLGDCU), y que implica que, entre varias interpretaciones posibles, el art. 36 ha de entenderse de la forma menos perjudicial para el consumidor.

3. **Ámbito de aplicación de la norma**

Para averiguar el ámbito de aplicación de la norma ha de estarse a lo dispuesto en el art. 36.1. Establece lo siguiente:

“Si como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma los contratos suscritos por los consumidores y usuarios, ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, resultasen de imposible cumplimiento, el consumidor y usuario tendrán derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Las propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la imposible ejecución del contrato sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión”.

El art. 36 se aplica a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores. Que una de las partes es el consumidor resulta con claridad de la rúbrica del precepto (“derecho de resolución... por parte de los consumidores y usuarios”), y del propio art. 36.1, que se refiere a “los contratos suscritos por los consumidores y usuarios”, añadiendo después que “el consumidor y usuario tendrán derecho a resolver el contrato”. La referencia al consumidor se repite también en los apartados 2 y 3. La otra parte contractual ha de ser un empresario. Aunque el apartado 1 del precepto no alude al empresario, sí lo hace el



apartado 2 (“el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor”), y también el apartado 3, que se refiere a “empresa prestadora de servicios”.

El art. 36 no contiene una definición de consumidor y empresario. A estos efectos, habrá que estar al concepto de consumidor y empresario de los arts. 3 y 4 TRLGDCU o, en su caso, al concepto específico de consumidor que se contiene en la concreta normativa reguladora del contrato de que se trate.

Desde el punto de vista objetivo, el art. 36 se ocupa de los contratos celebrados por consumidores “ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo” (art. 36.1). El precepto tiene vocación omnicomprensiva. Se aplica a cualquier contrato, sea cual sea su naturaleza o su denominación (su “nombre”). Entra en juego, por tanto, en la compraventa de bienes muebles o inmuebles, o en la prestación de servicios de cualquier clase. Se aplica, por tanto, a la compra de una entrada para asistir a un concierto, un evento deportivo, una representación de teatro; a la reserva de un hotel o un restaurante; o a la compra de un billete de avión o de tren. En este sentido, el documento del Ministerio de Consumo expresamente aplica la regla del art. 36.1 a la cancelación de vuelos, al exigir una negociación de sesenta días antes de que el consumidor pueda resolver el contrato y reclamar la devolución del precio.

4. El supuesto de hecho de la norma: el incumplimiento del empresario a consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma

El precepto entra en juego cuando, “como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma los contratos suscritos por los consumidores... resultasen de imposible cumplimiento” (art. 36.1).

El supuesto de hecho viene definido por varios elementos.

- a) El consumidor ha celebrado con el empresario un contrato. Pueden haberlo pactado antes del estado de alarma (será lo habitual) o también durante el estado de alarma (que entró en vigor cerca de la medianoche del 14 de marzo de 2020, en el momento en que se publicó en el BOE el RD 463/2020, de 14 de marzo; v. su DF 3ª).
- b) El empresario ha incumplido la obligación que le incumbe. Esta obligación puede ser de cualquier tipo. Dependerá del contrato en cuestión. Así, puede ser una obligación de dar, hacer o no hacer. Por ejemplo, el vendedor no entrega el bien pactado, o entrega un bien no conforme al contrato. Como el bien entregado tenía una falta de conformidad, el consumidor solicita reparación o sustitución del bien,



y el vendedor incumple la obligación de reparar o sustituir. El carpintero no cumple su obligación de construir e instalar el mueble en mi cocina. El taxista incumple su obligación de trasladarme desde Albacete al aeropuerto de Alicante el 18 de abril de 2020. El pintor no cumple la obligación de pintar mi vivienda el 6 de abril de 2020, ni tampoco la cumple la empresa que debía desplazarse a mi domicilio para reparar la lavadora averiada. La orquesta que he contratado para celebrar una fiesta el 22 de abril de 2020 incumple esta obligación. La compañía aérea Iberia incumple el contrato al haber cancelado el vuelo Madrid-París previsto para el 4 de abril. También incumple el gimnasio y la academia de inglés, que no puede prestarme esos servicios al haber cerrado sus puertas. E igualmente hay incumplimiento cuando se cancela la representación de teatro, el concierto de música clásica y el partido de fútbol para los que ya había comprado una entrada.

- c) El incumplimiento del empresario se debe a una imposibilidad sobrevenida que trae causa “de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma”. El incumplimiento no se produce por dolo o culpa (negligencia) del empresario, sino que tiene su origen en una circunstancia externa: las medidas adoptadas para combatir el coronavirus. Se trata de “medidas adoptadas” por quien tiene competencias legales para ello: básicamente, son medidas legales, aunque pueden ser también reglamentarias o administrativas. Se trata de un incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor, en los términos del art. 1105 CC. El vendedor no puede entregarme el vehículo que he comprado porque ha cerrado su establecimiento comercial, en cumplimiento del art. 10 del RD 462/2020. Por esa misma razón tampoco puede el carpintero desplazarse a mi domicilio para instalar los muebles que ha hecho para mi cocina. La cancelación de eventos deportivos y culturales, y el cierre de los establecimientos hoteleros y de hostelería impide a los empresarios de esos sectores cumplir el contrato que un consumidor ha celebrado con ellos. Si las autoridades han cancelado el vuelo contratado, la compañía aérea no puede cumplir. Tampoco podré recoger el teléfono que he dejado para que lo reparen en el servicio técnico, si ese establecimiento permanece cerrado.

Pero no todos los casos de incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor tienen cabida en el art. 36. En concreto, están fuera del precepto los incumplimientos por caso fortuito o fuerza mayor en los que las causas del incumplimiento no tienen que ver con las “medidas adoptadas” durante el estado de alarma. Así sucede, por ejemplo, si el empresario (cuyo establecimiento permanece abierto) no puede cumplir porque tres de los seis trabajadores de su empresa han fallecido por coronavirus (o por otra razón), y es esa falta de medios personales lo que le impide ejecutar la prestación pactada. O si se incendia fortuitamente el almacén del



vendedor en el que está guardado el reloj que ha de entregar. El incumplimiento nada tiene que ver con el coronavirus y la declaración del estado de alarma.

Existe otra limitación en relación con las medidas adoptadas que provocan el incumplimiento del empresario: esas medidas deben adoptarse “durante la vigencia del estado de alarma”. Por ello, no se aplica el art. 36 cuando el incumplimiento, aun siendo por caso fortuito o fuerza mayor, obedece a causas anteriores al 14 de marzo de 2020 (por ejemplo, la farmacia que no puede entregar el 18 de marzo las 20 mascarillas compradas por el consumidor el 1 de marzo porque desde el 6 o 7 de marzo hay desabastecimiento, al no haber recibido mascarillas de sus proveedores).

- d) El incumplimiento del empresario puede producirse durante la vigencia del estado de alarma o con posterioridad. La norma no especifica cuándo ha de producirse ese incumplimiento. Por eso, el precepto también ha de regir cuando tiene lugar tras la desaparición del estado de alarma. Lo decisivo es que el incumplimiento traiga causa de las medidas adoptadas durante el estado de alarma, que exista esa relación de causalidad “adecuada” entre las medidas y el imposible cumplimiento, siendo intrascendente la fecha en que éste se produce. Así, si la empresa de carpintería se obligó a entregar el mueble el 18 de mayo de 2020, y no puede construirlo porque los trabajadores de la empresa han de permanecer en casa y no pueden acudir a su lugar de trabajo, el art. 36 se aplica aunque ese 18 de mayo haya cesado el estado de alarma. Hay que tener en cuenta, además, que es probable que, una vez que cese el estado de alarma, algunos establecimientos comerciales tengan que seguir cerrados, por mandato legal. La imposibilidad de cumplir puede seguir existiendo más allá del estado de alarma.
- e) El incumplimiento del empresario puede ser total o parcial. Lo relevante es que, aun siendo parcial, se trate de un incumplimiento “esencial” en el sentido de que autoriza al consumidor a ejercitar la resolución del contrato.
- f) Dudoso es si se requiere, como supuesto de hecho de aplicación de la norma, que si el consumidor ejercita la resolución del contrato el empresario tenga que restituir todo o parte del precio. Se trata de una exigencia que no está expresamente contemplada en el art. 36.1, pero que podría tener su sentido. Como es sabido, tras la resolución del contrato las partes tienen que restituirse recíprocamente las prestaciones ejecutadas. En lo que concierne al empresario, tendrá que devolver al consumidor el precio (total o parcial) recibido. Por eso, si el consumidor no ha abonado precio alguno, nada podrá reclamar al empresario tras la resolución. Por ejemplo, venta celebrada el 4 de marzo de 2020, pactándose



que precio y cosa se entregarán el 15 de abril. Si la fecha de entrega del bien se configura contractualmente como término esencial, la falta de entrega permite al consumidor resolver, pero no reclamar devolución de precio (porque nada ha pagado). Un caso de este tipo no tiene sentido someterlo al art. 36 RD-Ley 11/2020. El riesgo que pretende evitar el precepto (que tras la resolución el empresario tenga que devolver inmediatamente el precio) no existe. En esta hipótesis el consumidor podrá resolver el contrato, pero no será aplicable el art. 36 RD-Ley 11/2020.

Conforme a lo expuesto, es razonable excluir de la aplicación del art. 36 los casos en que el empresario no tenga que devolver precio alguno tras la resolución del contrato. Esta interpretación se basa, además, en dos argumentos. En primer lugar, es una interpretación restrictiva del art. 36, que casa bien con el carácter excepcional de la norma y con el principio *pro consumatore* que rige en nuestro derecho. En segundo lugar, con esta interpretación el art. 36.2 tiene más sentido. Este precepto establece que, tras la resolución del contrato, el empresario está obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor. Si el consumidor nada ha pagado, no es que el empresario no tenga obligación de restituirle, sino que ni siquiera resulta aplicable la norma, porque el supuesto de hecho del art. 36.1 exige, como se indica, que el empresario tenga que devolver el dinero que recibió tras la resolución del contrato.

Conforme a las reglas de distribución de la carga de la prueba (art. 217 LEC), corresponde al consumidor la carga de probar que el empresario ha incumplido el contrato. E incumbe al empresario, si quiere que se aplique el art. 36 del RD-Ley 11/2020, la carga de probar que ese incumplimiento es consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma.

5. Las partes deben negociar un acuerdo novatorio durante un período de sesenta días antes de que el consumidor pueda resolver el contrato

a) Las negociaciones para alcanzar una “propuesta de revisión” del contrato

El art. 36.1 concede al consumidor el derecho a resolver el contrato cuando el empresario lo ha incumplido. Pero *“la pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Las propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión cuando haya*



transcurrido un periodo de 60 días desde la imposible ejecución del contrato sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión”.

Del texto transcrito resulta que el consumidor no podrá resolver el contrato si antes las partes no han intentado alcanzar una modificación del contrato. En este sentido, la norma obliga al consumidor a “negociar” con el empresario una solución pactada, que puede consistir, por ejemplo, en aceptar bonos o vales por el importe del precio que el consumidor podrá usar en el futuro. Las partes pueden hacer propuestas y contrapropuestas para intentar alcanzar, “sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato”.

Esta es la verdadera novedad del precepto: las partes tienen que negociar para intentar llegar a un acuerdo, con el fin de “recomponer” el contrato de manera satisfactoria para ambos. Y mientras dura esa negociación, el consumidor no puede desvincularse del contrato y reclamar el precio abonado.

El precepto no establece ninguna excepción a esta necesaria negociación. Por tanto, las partes tendrán que negociar incluso cuando la fecha de cumplimiento se pactó en el contrato como “término esencial”, o cuando su consideración como “término esencial” resulte de las circunstancias del caso. Aunque así fuera, el consumidor no podrá directamente resolver el contrato, sino que tendrá que “negociar” o esperar a que transcurran esos sesenta días.

La negociación puede culminar con un acuerdo novatorio, que tendrá el contenido que las partes estimen conveniente. La concesión al consumidor de vales sustitutorios del precio, prevista en la norma, es sólo una posibilidad. El contenido puede ser otro. Aquí hay plena libertad. Las partes pueden modificar (novar) el contrato en los términos que deseen. La exigencia de buscar una solución (un acuerdo) “que restaure la reciprocidad de intereses del contrato” es un brindis al sol. El acuerdo novatorio será el que las partes quieran que sea, aunque objetivamente pueda considerarse que no es “justo” para alguna de ellas. Como en toda negociación, se admiten propuestas y contrapropuestas de cada parte. Se trata de negociar con el fin de obtener un acuerdo novatorio, con todo lo que ello supone.

En sentido técnico, consumidor y empresario no están obligados a negociar. Cualquiera de ellos puede remitir al otro una propuesta de modificación del contenido contractual. Lo habitual será que lo haga el empresario. El consumidor no está obligado a sentarse a negociar con el empresario, ni a contestar a su propuesta. Pero el consumidor no podrá ejercitar la resolución hasta que transcurra la fase de negociación, que el precepto fija en sesenta días. Es posible, incluso, que el



consumidor muestre desde el primer momento su decisión de no querer otra solución que la resolución del contrato.

b) El plazo de sesenta días

Las partes deben intentar negociar una modificación del contrato (novación modificativa). Para ello, cualquiera de ellas podrá hacer una propuesta de revisión. El consumidor únicamente podrá resolver el contrato cuando haya fracasado el intento de negociación, lo que sucederá cuando “haya transcurrido un periodo de 60 días desde la imposible ejecución del contrato sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión”.

Parece que hasta que no transcurran esos sesenta días el consumidor no puede resolver y conseguir así la devolución del precio. Se trata de sesenta días naturales. Se aplaza sesenta días esa posibilidad de desvincularse del contrato. Y así será aunque el consumidor informe desde el primer momento que no quiere alcanzar ningún acuerdo; que desea resolver el contrato.

¿Cuándo empieza a correr el plazo de sesenta días del art. 36.1? Según el precepto, “desde la imposible ejecución del contrato” Entiendo que se refiere al día concreto en que el contrato debía ser cumplido por el empresario y no al momento (previo) en que ya puede asegurarse que el contrato va a incumplirse en el futuro por las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma. Así, por ejemplo, si el vendedor debía entregar el vehículo el 20 de abril de 2020, el “dies a quo” no es el 10 de abril, día en el que el BOE publica el Real Decreto que prorroga el estado de alarma hasta el 26 de abril (y que evidencia que el vendedor no podrá cumplir el día 20), sino el propio 20 de abril, fecha fijada como término de cumplimiento.

El plazo de sesenta días no está afectado por la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad establecida en la DA 4ª del RD 463/2020, que declara el estado de alarma. Tampoco se trata de un plazo procesal que deba suspenderse (conforme a la DA 2ª del citado RD). Pero es evidente que, mientras esté vigente el estado de alarma, las partes no podrán “negociar” una modificación del contrato si el establecimiento del vendedor permanece cerrado, o en el mejor de los casos podrán hacerlo por teléfono o por correo electrónico, con las dificultades que ello implica. En todo caso, aunque empresario y consumidor puedan contactar, no será fácil “negociar” una modificación del contrato cuando todavía no se sabe la duración del estado de alarma, ni el tiempo en que ha de continuar cerrado el establecimiento comercial del empresario.



El hecho de que el “dies a quo” se vincule con la fecha del incumplimiento provocará que los distintos consumidores que han contratado con un mismo empresario tengan fechas distintas para poder resolver el contrato. Cuanto antes (en el tiempo) se produzca el incumplimiento del empresario, antes empezará a correr el plazo de sesenta días y, en consecuencia, antes podrá el consumidor resolver. Por otra parte, y en cuanto a la duración del plazo, un período de sesenta días puede considerarse adecuado, teniendo en cuenta los intereses en conflicto. Se exige a cada concreto consumidor un “sacrificio”, impidiéndole desvincularse del contrato durante ese período de tiempo, con el fin de que el empresario no tenga que hacer un enorme desembolso económico (devolver el precio) en unos pocos días, agravando su ya desastrosa situación económica.

6. El derecho del consumidor a resolver el contrato

a) ¿Cuándo puede el consumidor resolver el contrato?

El art. 36.1 concede al consumidor el derecho a resolver el contrato. ¿En qué casos puede el consumidor resolverlo? Una primera lectura de la norma parece dar a entender que el consumidor tiene derecho a resolver el contrato en todo caso. En efecto, la primera frase del precepto establece literalmente que si el contrato resulta de imposible cumplimiento, “el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días”. De donde resulta que basta con que el empresario haya incumplido el contrato para que el consumidor pueda resolver el contrato.

Esta interpretación debe rechazarse. No es cierto, por tanto, que el consumidor tenga derecho a resolver el contrato por el simple incumplimiento del empresario, al margen de su entidad y del modo en que afecte al interés del consumidor.

En realidad, el consumidor podrá resolver el contrato cuando así proceda, conforme a las normas que resulten de aplicación. Y ello porque el art. 36.1 no describe en qué casos podrá el consumidor resolver el contrato por incumplimiento, sino que se limita a señalar que, si el incumplimiento es de tal tipo que cabe la resolución del contrato, las partes deben negociar para intentar alcanzar una novación modificativa del contrato durante al menos sesenta días. Por lo tanto, el consumidor podrá resolver el contrato cuando la resolución sea posible conforme a las reglas del Código Civil (básicamente, el art. 1124) y a la normativa de protección de consumidores que resulte de aplicación.

Así, por ejemplo, si el vendedor debía entregar el bien mueble (por ejemplo, un reloj) el 6 de abril de 2020, y no lo hace porque su establecimiento ha de permanecer cerrado



al público, la no entrega del bien no autoriza al consumidor a resolver el contrato, sino que tendrá que concederle un plazo adicional para cumplir adecuado a las circunstancias del caso (art. 66 bis.2.I TRLGDCU). Otro ejemplo: en la venta de viviendas, el hecho de que el vendedor no entregue la vivienda en la fecha pactada (el 6 de abril de 2020) no autoriza al comprador para resolver el contrato; se trata de un simple retraso que no permite al comprador desvincularse del contrato, salvo que el retraso frustre definitivamente las expectativas del comprador o se haya pactado la fecha de entrega como un término esencial. Más ejemplos: compraventa de un reloj celebrada el 8 de febrero de 2020. El reloj deja de funcionar el 6 de abril (tiene una falta de conformidad), por lo que el vendedor incumple su obligación de entregar un bien conforme al contrato (art. 114 TRLGDCU). Este incumplimiento no faculta al consumidor a instar directamente la resolución del contrato, pues este remedio es subsidiario (art. 121 TRLGDCU); el consumidor podrá acudir a los remedios primarios, que son la reparación o la sustitución del bien (art. 119.1 TRLGDCU). Algo parecido sucede cuando el consumidor contrata a un pintor para que pinte de blanco las habitaciones de su vivienda. Si el pintor no acude a pintar el día pactado (6 de abril de 2020), ese incumplimiento no puede calificarse, en principio, como un incumplimiento definitivo que frustre definitivamente las expectativas del consumidor, en la medida en que cabe el cumplimiento posterior y ese cumplimiento tardío satisface el interés del acreedor (el consumidor).

Fuera de los casos en los que la ley establece reglas particulares sobre la resolución del contrato (como hacen, por ejemplo, los citados arts. 66.bis.2 y 121 TRLGDCU), de la jurisprudencia del TS dictada sobre el art. 1124 CC resulta que la resolución procede cuando el contrato es bilateral o sinalagmático, el acreedor (en nuestro caso, el consumidor) no ha incumplido su propia obligación, y la obligación incumplida por el deudor (el empresario) es esencial, en el sentido de que el incumplimiento es grave y frustra de manera definitiva la finalidad del contrato (hay un incumplimiento definitivo), pues el cumplimiento posterior del deudor, aun siendo posible, ya no satisface las expectativas del acreedor.

En conclusión, el derecho a resolver el contrato procede, según el art. 36 que se comenta, cuando el consumidor tenga derecho a resolverlo conforme al Código Civil o a las normas de protección de consumidores que resulten aplicables.

b) El plazo de ejercicio de la acción de resolución

El consumidor tiene derecho a resolver el contrato “durante un plazo de 14 días” (art. 36.1). Se trata del plazo de que dispone el consumidor para ejercitar la acción de



resolución. Es un plazo de caducidad, cuyo cómputo está suspendido hasta que cese el estado de alarma (DA 4ª del RD 463/2020).

La norma es muy perjudicial para el consumidor, al fijar un plazo tan breve. Como es sabido, en nuestro derecho el plazo general de prescripción es de cinco años (art. 1964.2 CC), aunque en determinados casos se han establecido plazos distintos. Así, por ejemplo, el plazo de prescripción para la resolución por falta de conformidad del bien es de tres años (art. 123.4 TRLGDCU).

¿Por qué el art. 36.1 fija un plazo tan reducido? La referencia a los catorce días recuerda al plazo de desistimiento del art. 71.1 TRLGDCU. En casos de desistimiento es obvio que el plazo ha de ser breve, pues permite al consumidor desvincularse del contrato, sin alegar causa alguna y sin que el empresario haya incumplido. El derecho reconocido al consumidor en el art. 36.1 del RD-Ley 11/2020 no es un derecho de desistimiento, ya que la desvinculación únicamente se prevé para el caso de que el empresario haya incumplido sus obligaciones por caso fortuito o fuerza mayor (debido a las medidas adoptadas durante el estado de alarma). Si admitimos que el art. 36 no concede al consumidor un derecho nuevo a desvincularse, sino que sólo entra en juego cuando el consumidor ya podría resolver el contrato conforme al Código Civil o a la normativa de protección de consumidores que resulte de aplicación, carece de sentido reducir el plazo de caducidad de esta acción resolutoria.

Repárese, además, que un consumidor adecuadamente informado ejercerá rápidamente (antes de que transcurra ese corto plazo) la acción resolutoria, obligando al empresario a restituir el precio abonado. ¿No es esto, precisamente, lo que el art. 36 trata de evitar, para alejar al empresario de una peligrosa insolvencia? Por otra parte, parece que ya es suficiente “sacrificio” del consumidor el que se le impida ejercitar la resolución durante sesenta días. ¿No resulta excesivo incluir otra china en su zapato, reduciendo de forma tan drástica el plazo de ejercicio de la acción resolutoria?

En cuanto al día en que empieza a correr este breve plazo de catorce días, la norma no es clara. Parece que desde que se ha intentado un acuerdo entre las partes y este ha fracasado; lo que no puede ocurrir antes de sesenta días desde que se produce el incumplimiento del empresario. El plazo de caducidad, por tanto, empieza a correr cuando termina el plazo de sesenta días que han tenido las partes para obtener un acuerdo novatorio. Obviamente, si las partes han alcanzado un acuerdo, a él ha de estarse, y ya no hay posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento del empresario. Sólo cuando ese acuerdo no se consigue, y transcurren sesenta días, empieza a correr el plazo de caducidad.



El documento del Ministerio de Consumo establece que el plazo de catorce días empieza a contar “desde la finalización del estado de alarma y sus prórrogas” (pg. 3). Esta afirmación no es cierta. El cómputo del plazo de catorce días se suspende hasta que termine el estado de alarma, por lo que si el plazo debía empezar a correr antes, se suspenderá hasta esa fecha (hasta que cese el estado de alarma). Pero eso no significa que el “dies a quo” del plazo de catorce días sea el día en que termina el estado de alarma, sino que será el día en que termina el plazo de sesenta días que han tenido las partes para obtener un acuerdo novatorio. Lo que sí cabe sostener es que el cómputo del plazo de catorce días en ningún caso va a iniciarse antes de que cese el estado de alarma (porque si tuviera que empezar a correr antes, habría que suspenderlo, conforme a la DA 4ª del RD 463/2020).

Un ejemplo servirá para aclarar esta cuestión. Imaginemos que el empresario incumple (incumplimiento resolutorio) el 7 de abril de 2020, y que el estado de alarma se prologa hasta el 9 de mayo. El plazo de sesenta días para negociar comienza el 8 de abril y termina el 7 de junio. El 8 de junio comienza el plazo de catorce días para ejercitar la acción resolutoria, plazo que finaliza el 22 de junio. En consecuencia, no cabe sostener que el plazo de ejercicio de la acción resolutoria empieza cuando finaliza el estado de alarma.

c) Efectos de la resolución (art. 36.2)

El art. 36.2 del RD-Ley 11/2020 tiene el siguiente texto:

“En los supuestos en los que el cumplimiento del contrato resulte imposible de acuerdo con el apartado anterior, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario, salvo gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor, en la misma forma en que se realizó el pago en un plazo máximo de 14 días, salvo aceptación expresa de condiciones distintas por parte del consumidor y usuario”.

La letra del precepto no es muy afortunada. Parece indicar que el consumidor puede pedir la devolución del precio por el mero hecho de que el empresario no pueda cumplir la obligación que le incumbe. Pero en realidad, la devolución del precio es un efecto de la resolución del contrato, y por lo tanto, este apartado 2 sólo entra en juego cuando el consumidor haya resuelto el contrato, conforme a lo previsto en el apartado 1 del art. 36.



Así entendido, el art. 36.2 se ocupa de los efectos de la resolución del contrato a la que se refiere el art. 36.1. Si la resolución del contrato se produce por otras razones distintas (esto es, no trae causa de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma), este apartado 2 no entra en juego.

El art. 36.2 únicamente alude a uno de los efectos típicos de la resolución del contrato: el consumidor tiene derecho a reclamar la devolución de las cantidades que haya abonado. Obviamente, sólo cabe pedir la restitución del precio cuando el consumidor ya lo ha abonado total o parcialmente. Lo que ocurre es que, si el consumidor todavía no ha pagado el precio, el art. 36.1 y 2 no son aplicables. Porque estos preceptos únicamente entran en juego cuando, tras la resolución, el empresario está obligado a devolver todo o parte del dinero abonado. Si el empresario no está obligado a restituir, el art. 36.1 no se aplica (como ya se indicó en el epígrafe 4), y en consecuencia, tampoco el art. 36.2. No existe el riesgo que el precepto trata de evitar (que el empresario tenga que devolver muchos precios de contratos que se incumplieron por las medidas adoptadas durante el estado de alarma).

El art. 36.2 no alude a otros efectos que provoca la resolución del contrato. Así, si el consumidor ya ha recibido parte de la prestación del empresario, pero este no puede cumplir la parte restante de su obligación, lo que autoriza al consumidor a resolver, el consumidor estará obligado a devolver la prestación parcialmente recibida. El art. 36.2 tampoco menciona el otro efecto típico de la resolución: como provoca la ineficacia del contrato, las partes ya no están obligadas a ejecutar futuras prestaciones que tenían su origen en ese contrato.

En relación con la obligación del empresario de devolver al consumidor el precio abonado, el art. 36.2 establece tres reglas adicionales:

- 1.- El precio ha de devolverse “en la misma forma en que se realizó el pago”. A pesar de ello, nada impide que si el precio se pagó con tarjeta de crédito, el empresario lo devuelva en metálico, mediante transferencia bancaria o de cualquier otro modo.
- 2.- El empresario debe devolver el precio “salvo gastos incurridos”, que deben facilitarse al consumidor debidamente desglosados. ¿Cuáles son esos gastos? Nada aclara la norma. Podrían tratarse, por ejemplo, de los gastos que soportó el empresario cuando el consumidor le abonó el precio; por ejemplo, la comisión que el empresario abonó al emisor de la tarjeta de crédito con la que el comprador pagó el precio, o los gastos de envío del bien al comprador. El documento del Ministerio de Consumo se refiere



a “los gastos originados por el reembolso, que deberán estar convenientemente desglosados y que, en ningún caso, podrán suponer una penalización para el usuario”.

Esta solución es perjudicial para el consumidor, y se aleja de la regla de la devolución total del precio que se contempla en el TRLGDCU para los casos de resolución por falta de entrega del bien (art. 66.bis.3) o por entrega de un bien no conforme (art. 21.1.II). Se trata, además, de una solución injustificada. ¿Por qué los efectos restitutorios de la resolución han de ser distintos, en esta hipótesis, que en los demás casos de resolución?

El hecho de que el vendedor pueda retener algunas cantidades (y no devolver el precio íntegro) es además contrario a la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, que establece que, en el caso de que el consumidor resuelva el contrato por la no entrega del bien, el empresario “deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud del mismo” (art. 18.3). Esta regla (devolución íntegra del precio) no se contiene expresamente en la Directiva 1999/44/CE, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, que contempla la resolución del contrato como un remedio de que dispone el consumidor cuando el bien vendido presenta una falta de conformidad, sin aludir a los efectos de la resolución. Pero los comentaristas de la Directiva señalan que ese efecto es la devolución íntegra del precio abonado. Este efecto específico sí se establece ya en la Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes: tras la resolución del contrato por la falta de conformidad del bien vendido, “el vendedor reembolsará al consumidor el precio pagado por los bienes” (art. 16.3). Pero la fecha límite para trasponer esta Directiva es el 1 de julio de 2021.

En consecuencia, si el contrato está dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE y el consumidor está facultado para resolver el contrato porque el empresario no entrega el bien en la fecha pactada, el consumidor tiene derecho a obtener el importe íntegro del precio abonado, al margen de lo que disponga el art. 36.2

- 3.- El empresario debe devolver el precio “en un plazo máximo de 14 días, salvo aceptación de condiciones distintas por parte del consumidor”. Tampoco esta regla tiene mucho sentido. Conforme al derecho común,



cuando un contratante resuelve el contrato (y puede hacerlo extrajudicialmente), las partes quedan inmediatamente obligadas a restituir las prestaciones recibidas. Desde ese punto de vista, la obligación de restituir el precio surge para el empresario desde el mismo instante en que el consumidor resuelve el contrato (obviamente, si la resolución es conforme a derecho). Sin embargo, en el art. 36.2 la obligación de devolver el precio vence (y por tanto, es exigible) a los catorce días de ejercitada la resolución. Esta regla favorece al empresario, al retrasar el día de vencimiento (exigibilidad) de la obligación de devolver el precio. Por eso, si el consumidor reclama la devolución antes de que transcurran esos catorce días, el empresario podrá oponerse, argumentando que esa obligación de devolución todavía no es exigible. De este modo se da al empresario un poco más de tiempo para poder devolver el precio.

El plazo de catorce días recuerda a los catorce días de que dispone el empresario para devolver el precio en caso de desistimiento (art. 76.I TRLGDCU). En el desistimiento tiene sentido fijar un plazo tan breve, porque es razonable que el consumidor recupere rápidamente el dinero que abonó. Además, si el empresario no restituye ese dinero en ese plazo, el consumidor podrá reclamar esa cantidad duplicada (art. 76.II TRLGDCU). Pero en la hipótesis del art. 36.2 el plazo de catorce días cumple otra función, como acaba de verse.

Este es el régimen de la devolución del precio tras la resolución, “salvo aceptación expresa de condiciones distintas por parte del consumidor” (art. 36.2, última frase). Estas “condiciones distintas” que pueden pactarse parece que pueden versar sobre cualquiera de las reglas del precepto: la forma de devolver el precio, los gastos incurridos que puede “retener” el empresario o el plazo de catorce días. La “aceptación expresa” del consumidor es necesaria cuando esas reglas que se pacten sean más perjudiciales para el consumidor que las previstas en el precepto (por ejemplo, cuando se conceda al empresario un plazo de dos meses para devolver el precio, en lugar de catorce días). Si el empresario quiere mejorar el régimen de devolución del precio, haciéndolo más favorable para el consumidor, no precisa pacto alguno (por ejemplo, devolverá el dinero inmediatamente, o a los cuatro días). La “aceptación expresa” del consumidor supone una verdadera negociación entre empresario y consumidor, y no la imposición de cláusulas predispuestas por el empresario.



Una última apreciación. La rúbrica del precepto señala que la resolución del contrato será “sin penalización” para el consumidor. Sin embargo, el texto de la norma no vuelve a mencionar esta cuestión.

7. Régimen de los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo (art. 36.3)

El apartado 3 del art. 36 establece el régimen de los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo.

“Respecto de los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, la empresa prestadora de servicios podrá ofrecer opciones de recuperación del servicio a posteriori y sólo si el consumidor no pudiera o no aceptara dicha recuperación entonces se procedería a la devolución de los importes ya abonados en la parte correspondiente al periodo del servicio no prestado por dicha causa o, bajo la aceptación del consumidor, a minorar la cuantía que resulte de las futuras cuotas a imputar por la prestación del servicio. Asimismo, la empresa prestadora de servicios se abstendrá de presentar a cobro nuevas mensualidades hasta que el servicio pueda prestarse con normalidad, sin que ello dé lugar a la rescisión del contrato, salvo por la voluntad de ambas partes”.

El supuesto de hecho de la norma viene configurado por varios elementos.

- 1.- Es necesario, en primer lugar, que se haya celebrado entre empresario y consumidor un contrato de prestación de servicios de tracto sucesivo. El legislador ha querido establecer una regulación específica para este tipo de contratos, y lo plasma en el art. 36.3. El documento del Ministerio de Consumo cita, como ejemplo, el contrato celebrado con gimnasios, academias o colegios mayores (pg. 4).
- 2.- Al empresario le resulta imposible cumplir el contrato a causa de “las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma”. El supuesto de hecho es, en este punto, el mismo que en el apartado 1 del art. 36 (v. el epígrafe 4): el prestador de servicios ha incumplido su obligación, debido a las medidas adoptadas durante el estado de alarma (por caso fortuito o fuerza mayor). Ese incumplimiento puede producirse durante la vigencia del estado de alarma o con posterioridad. Y puede ser un incumplimiento total o parcial. Es necesario, además, que el consumidor haya abonado cuotas (normalmente, mensuales) que no puedan disfrutarse porque el empresario no puede cumplir. Ejemplo: el consumidor abona al mes 60 € al gimnasio, o abona trimestralmente (y por anticipado) el colegio privado de su hija.



Hay que tener en cuenta que algunos contratos de esta naturaleza están siendo cumplidos (al menos en parte) por el empresario. Así, si tras el cierre de la academia de inglés el profesor imparte esas tres horas semanales online, es obvio que no hay incumplimiento total, y puede discutirse si el cumplimiento es o no parcial (porque quizás no es lo mismo una clase presencial, que favorece la participación oral de los alumnos y su interrelación, que una virtual).

El art. 36.3 contiene tres reglas:

1. Si el prestador de servicios incumple porque no puede ofrecer al consumidor servicios que ya ha abonado (por ejemplo, cierra el gimnasio y no presta los servicios contratados), la empresa podrá ofrecer al consumidor la opción de disfrutar del servicio posteriormente. Siguiendo el ejemplo, cuando el gimnasio abra sus puertas el consumidor podrá acudir durante el tiempo (días) que no pudo hacerlo por estar cerrado.
2. Si el consumidor no acepta ese ofrecimiento, el empresario deberá reembolsar los importes ya abonados en la parte correspondiente al periodo del servicio no prestado. Pero si el empresario lo ofrece y el consumidor lo acepta, se reducirá la cuantía de las futuras cuotas precisamente aplicando a esas futuras cuotas el importe que el empresario debía devolver.
3. En todo caso, hasta que el servicio no se vuelva a prestar con normalidad, la empresa no puede presentar a cobro nuevas cuotas. La razón de esta norma está vinculada al sinalagma funcional típico de las obligaciones bilaterales: mientras el empresario no cumpla su obligación, el consumidor no está obligado a abonar el precio (se trata de “legalizar” el derecho a suspender el pago del plazo - excepción de incumplimiento- pero sin necesidad de que sea alegado por el consumidor). El precepto es también consecuencia de la regla del art. 62.3.II TRLGDCU, que prohíbe “el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente”. El texto legal termina con una enigmática frase: la empresa no podrá cobrar nuestras cuotas hasta que no preste de nuevo el servicio, “sin que ello dé lugar a la rescisión del contrato, salvo por la voluntad de ambas partes”.

El precepto está redactado de forma complicada, porque la segunda regla (reembolso del precio) se presenta como subsidiaria de la primera (cumplimiento en el futuro), y además esa segunda regla tiene una excepción, que consiste en que el empresario puede ofrecer la reducción de cuotas futuras. Sucede, sin embargo, que tanto la prestación de los servicios en el futuro como la reducción de las cuotas futuras se hacen depender de la voluntad (aceptación) del consumidor. Por eso hubiera sido más fácil incluir las dos



primeras reglas en una única, con la siguiente redacción: la empresa podrá ofrecer al consumidor la opción de disfrutar del servicio posteriormente (cuando sea posible prestarlo) o reducir la cuantía de las futuras cuotas (así, por ejemplo, si la cuota mensual del gimnasio es de 60 €, y el consumidor ha pagado la cuota de abril si recibir servicios, si el gimnasio abre de nuevo en mayo, los 60 € abonados el 1 de abril se aplicarán a pagar la cuota de mayo, junio y julio, a razón de 20 € cada mes -el consumidor tendrá que abonar 40 adicionales cada uno de esos tres meses-) Si el consumidor no acepta ninguna de estas propuestas, se le deberán reembolsar los importes ya abonados en la parte correspondiente al periodo del servicio no prestado.

En realidad, en este punto el art. 36.3 sigue el mismo modelo del art. 36.1: el empresario puede ofrecer un acuerdo novatorio (extender la duración del contrato por el tiempo en que el servicio no se presta, o mantener la duración e imputar a los meses futuros los pagos ya abonados por servicios no prestados, o cualquier otro acuerdo que las partes puedan/quieran celebrar), y si el consumidor no lo acepta, podrá recuperar el dinero abonado que no se corresponde con una contraprestación del empresario.

Pero la interpretación del art. 36.3 presenta dos dificultades añadidas:

- 1.- El precepto no alude a las acciones que el consumidor puede ejercitar, sino a los efectos de las mismas. El consumidor puede obtener “la devolución de los importes ya abonados en la parte correspondiente al período de servicios no prestados”. Pero no indica qué acción ha de ejercitar para conseguir ese efecto. Es obvio que al mismo se llega tras el ejercicio exitoso de la acción de resolución del contrato, cuyo efecto típico en los contratos de tracto sucesivo es la extinción del contrato y la devolución de la parte del precio abonado que no se corresponde con servicios prestados. Pero al mismo resultado se llega también con la acción de rebaja del precio. Esta acción no está regulada con carácter general en nuestro derecho, aunque sí en determinados contratos (por ejemplo, en la venta de bienes de consumo, o en la venta con vicios ocultos del Código Civil). Pero también puede ejercitarse en la prestación de servicios de tracto sucesivo. Tras su ejercicio, el precio del servicio deberá “reducirse”, para ajustarlo a los servicios realmente prestados. Pero a diferencia de la acción resolutoria, no extingue el contrato.

Hay que decidir si el art. 36.3 faculta al consumidor para ejercitar cualquier de estos dos derechos (rebaja del precio y resolución del contrato), pues ambos permiten solicitar la devolución del precio por servicios no prestados. Como el art. 36.3 no distingue, debe admitirse que estas dos acciones tienen cabida en la norma.



- 2.- ¿Tienen que transcurrir al menos sesenta días para que el consumidor pueda solicitar la devolución de cantidades conforme al art. 36.3? Este precepto no alude a esos sesenta días, que sin embargo sí se exigen con carácter general en el art. 36.1.

Son posibles dos interpretaciones. A) Primera: no se exige que transcurran esos sesenta días de “negociaciones”. Así resulta de la literalidad del art. 36.1. Esta tesis es la que parece acoger el documento del Ministerio de Consumo (punto 5, en la pg. 4). B) Segunda: sí deben transcurrir sesenta días antes de que el consumidor pueda reclamar la devolución de cantidades. Así resulta del propio art. 36.1, que expresamente se aplica a los contratos “de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo”. Además, no hay razones (salvo el capricho del legislador) para exigir esa negociación previa de sesenta días en todos los contratos y no en los de servicios de tracto sucesivo. Repárese en que esta interpretación es la que mejor encaja con la finalidad del art. 36 (impedir que el empresario se vea obligado a devolver inmediatamente mucho dinero por no haber prestado los servicios contratados). De otra parte, si no se interpreta así el art. 36.3 sería una norma “muerta”, inane, que en nada modifica el régimen que estos contratos tenían antes del RD-Ley 11/2020.

En todo caso, el resultado al que conduce esta interpretación es incongruente. En los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, si el empresario incumple y ese incumplimiento es “grave” (resolutorio), el consumidor no podrá inmediatamente resolver, sino que sólo podrá hacerlo después de transcurridos sesenta días de “negociación” con el empresario. Sin embargo, el consumidor sí podrá rápidamente solicitar una rebaja del precio, sin tener que soportar ese retraso de sesenta días, porque la “negociación” de sesenta días sólo se prevé en el art. 36.1 cuando el consumidor pretende ejercitar la acción resolutoria, pero no otra.

Lo que sucede, en verdad, es que el art. 36 es una norma mal diseñada y redactada de manera lamentable. No discuto su finalidad: que los consumidores soporten parte del riesgo del riesgo de incumplimiento del empresario debido al COVID-19. Pero podía haberse hecho con una norma mejor redactada y que evitara incongruencias como la descrita.

El art. 36.3 termina con una coletilla llamativa: la empresa prestadora de servicios se abstendrá de presentar a cobro nuevas mensualidades hasta que el servicio pueda prestarse con normalidad, “sin que ello dé lugar a la rescisión del contrato, salvo por la voluntad de ambas partes”. El precepto utiliza impropriamente el término “rescisión”, cuando en realidad quiere referirse a la “resolución”. La norma parece impedir que el consumidor pueda resolver el contrato por incumplimiento del empresario. Esta previsión no tiene



ningún sentido. Además, es incongruente con el art. 36.1, que autoriza al consumidor a resolver el contrato también en los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo.

8. La aplicación temporal del art. 36 RD-Ley 11/2020

El RD-Ley entra en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (DF 13^a), es decir, el 2 de abril de 2020. Es evidente que el art. 36 se aplica a contratos celebrados después de esa fecha. Más dudoso es si también entra en juego para contratos celebrados con anterioridad. A estos efectos, hay que tener en cuenta que el RD-Ley tiene cinco Disposiciones Transitorias, pero ninguna de ellas se refiere al art. 36. Por eso, para analizar el régimen transitorio del art. 36 ha de acudir a las Disposiciones Transitorias del Código Civil.

Si el contrato entre empresario y consumidor se ha celebrado antes del 2 de abril de 2020, hay que distinguir varias hipótesis:

- 1.- El incumplimiento del empresario se produce después del 2 de abril de 2020. El art. 36 resulta de aplicación, pues la facultad resolutoria nace tras el incumplimiento del contrato, esto es, después del 2 de abril de 2020. Nace, por tanto, bajo el régimen instaurado en este precepto.
- 2.- El incumplimiento del empresario se produce antes del 2 de abril de 2020 y el consumidor ya ha ejercitado también antes de esa fecha la facultad resolutoria. Si el ejercicio de la facultad resolutoria, realizado incluso de forma extrajudicial, es conforme a derecho, el contrato queda extinguido, con los efectos propios de la extinción, por lo que la posterior publicación del RD-Ley 11/2020 en nada le afecta.
- 3.- El incumplimiento del empresario se produce antes del 2 de abril de 2020 y el consumidor pretende ejercitar la acción resolutoria después de esa fecha. En este caso, el derecho a resolver el contrato “nace” para el consumidor antes del 2 de abril. Se trata de un derecho adquirido. Según las Disposiciones Transitorias del Código Civil, “las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo”. Aplicando esta regla al caso que nos ocupa, como el art. 36 del RD-Ley 11/2020 perjudica el derecho que ya tenía el consumidor a ejercitar la resolución, porque lo “paraliza” durante al menos sesenta días, el art. 36 no resultaría de aplicación. Sin embargo, la Disposición Transitoria 4^a del CC establece que “las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la



legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código”. Cabe entender que el derecho de resolución, derecho nacido antes del 2 de abril, se modula en cuanto a su “ejercicio” y “duración” por el art. 36 y que, por ello, este precepto sí es aplicable a estos contratos.

Se trata, en todo caso, de una cuestión compleja, por lo que hubiera sido oportuna una previsión expresa en el RD-Ley sobre el particular.

9. Reflexiones finales sobre el artículo 36

La finalidad del art. 36 no es proteger al consumidor, dándole un derecho de resolución (y consiguiente recuperación del precio abonado) que ya tenía, sino impedir que, una vez finalizado el estado de alarma, se amontonen en la mesa del empresario decenas de reclamaciones de resolución y devolución del precio que difícilmente el empresario podrá atender.

El fin perseguido es loable, pero el precepto merece varios reproches. Por una parte, no parece adecuado que se pretenda alcanzar esa finalidad mediante una norma que, según su título, va destinada a “proteger a los consumidores”. Las normas jurídicas deben ser claras y tiene que indicar de forma precisa cuál es el supuesto de hecho y cuál la consecuencia jurídica. Nada de eso sucede en el art. 36, que es un precepto enrevesado, complejo y de difícil interpretación.

No me parece mal que se retrase sesenta días la posibilidad del consumidor de desvincularse del contrato y obtener la devolución del precio. Pero ese régimen puede ser contrario a la Directiva de 2011 de los derechos de los consumidores, que establece que tras la resolución del contrato (por no entrega del bien) el empresario debe devolver el precio “sin ninguna demora indebida”. ¿Es una “demora indebida” el retraso de sesenta días en la devolución de precio debido a circunstancias excepcionales como las actuales? Lo que sí me parece claro es que es contrario a esta Directiva y a Directiva 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, el que el empresario pueda “retener” determinadas cantidades y no restituya íntegramente el precio recibido.

Por otra parte, la exigencia de una “negociación” de sesenta días únicamente se requiere para el caso de que el consumidor decida resolver el contrato y reclamar la devolución de todo o parte del precio abonado. Pero no se repara en que la devolución de cantidades también procede cuando el consumidor ejercita la acción de rebaja del precio. Acción que, en ocasiones, en nuestro derecho se articula a través de la acción de indemnización



de daños y perjuicios. La acción de daños tampoco está sujeta a esa previa negociación de sesenta días.

Por lo tanto, el art. 36 paraliza únicamente el ejercicio de la acción de resolución. Pero no de las demás acciones. Por eso, si el incumplimiento es parcial, el consumidor podrá pedir una rebaja de precio (en particular, en los contratos de tracto sucesivo en los que se ha cumplido parcialmente). También podrá pedir una indemnización de daños. En estos casos el consumidor puede reclamar una cantidad de dinero (como devolución de precio o como indemnización). Y el empresario no podrá alegar el art. 36 para “retrasar” el pago de esas cantidades.

La norma tampoco protege al consumidor que tenga que cumplir su obligación durante el estado de alarma y esté en dificultades económicas. Es obvio que el consumidor no puede alegar una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento (art. 1182 CC), porque el pago del precio es una obligación genérica, y el género nunca perece. Pero en un escenario de pérdida de empleo y dificultades económicas para los consumidores, sería razonable arbitrar alguna medida a su favor (al menos, para los consumidores más vulnerables), como suspender temporalmente el pago del precio.

Creo que podría tomarse como modelo la Ley alemana de 27 de marzo de 2020 sobre los efectos del COVID-19 en el derecho civil. Se trata de la *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht* [disponible en lengua alemana e inglesa en https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/FH_AbmilderungFolgenCovid-19.html]. Esta ley prevé que determinados consumidores y pequeñas empresas puedan suspender el cumplimiento de sus obligaciones o reajustar su contenido.