

## PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR POR LA PANDEMIA DEL COVID-19: EL ART. 36 DEL RD-LEY 11/2020<sup>1</sup>

*Manuel Jesús Marín López*

Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Castilla-La Mancha

---

TITLE: *Consumer protection within the COVID-19 pandemic: art.36 from RD-Law 11/2020*

RESUMEN: Este trabajo examina los tres primeros apartados del art. 36 del RD-Ley 11/2020. Este confuso precepto no aumenta la protección del consumidor, sino que, al contrario, sujeta la eficacia de la resolución del contrato al transcurso de sesenta días sin que las partes lleguen a un acuerdo satisfactorio. En el trabajo se analiza el ámbito de aplicación de la norma, el supuesto de hecho (el incumplimiento del empresario a consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma o la «nueva normalidad»), el régimen jurídico de la resolución contractual solicitada por el consumidor y la negociación durante sesenta días para intentar alcanzar un acuerdo. También se examina el régimen de los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, y la aplicación temporal de este art. 36.

ABSTRACT: *This paper examines the first three sections of article 36 of RD-Law 11/2020. This precept, which authorizes the consumer to terminate the contract due to non-compliance of the employer, does not enhance consumer protection, but, quite the contrary, conditions the effectiveness of the contract termination to a period of sixty days without the reaching of a satisfactory agreement between the parties. The paper analyzes the extent to which the rule is applied, the factual assumption (the employer's failure to comply with the measures during the validity of the state of alarm or the «new normal»), the legal regime of the contractual resolution requested by the consumer and the sixty-day negotiation to reach an agreement. In addition, it examines the system of contracts of continual performance, and the temporary application of this art. 36.*

PALABRAS CLAVE: COVID-19; derecho de consumo; protección del consumidor; contratos de consumo; incumplimiento del empresario; resolución del contrato.

KEY WORDS: *COVID-19, consumer law, consumer protection, consumer contracts, termination of contract.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. NOTAS GENERALES SOBRE EL ARTÍCULO 36 DEL RD-LEY 11/2020. 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y SUBJETIVO. 4. EL SUPUESTO DE HECHO: EL INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO COMO CONSECUENCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS DURANTE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA, LAS FASES DE DESESCALADA O LA NUEVA

<sup>1</sup> 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 A. Carrasco Perera y E. Cordero Lobato; de la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM (Ref.: 2020-GRIN-29156), denominado «Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco» (GIPAC); y de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cofinanciada 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 A. Carrasco Perera y A. I. Mendoza Losana.

NORMALIDAD. 5. LA SOLICITUD DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR EL CONSUMIDOR Y LA POSTERIOR NEGOCIACIÓN ENTRE LAS PARTES PARA INTENTAR ALCANZAR UN ACUERDO. 6. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR EL CONSUMIDOR. 6.1. *Casos en que el consumidor puede resolver el contrato.* 6.2. *El plazo de ejercicio de la acción de resolución.* 6.3. *Efectos de la resolución.* 7. LAS PARTES DEBEN NEGOCIAR UN ACUERDO SATISFACTORIO PARA AMBAS DURANTE UN PERÍODO DE SESENTA DÍAS ANTES DE QUE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO PRODUZCA SUS EFECTOS. 7.1. *Las negociaciones para alcanzar una «propuesta de revisión» del contrato.* 7.2. *El contenido del acuerdo: el bono.* 7.3. *El plazo de sesenta días.* 8. RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRACTO SUCESIVO. 9. LA APLICACIÓN TEMPORAL DEL ARTÍCULO 36. 10. VALORACIÓN Y CRÍTICA DEL PRECEPTO. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante el estado de alarma el Gobierno ha dictado multitud de normas para regular los enormes desafíos planteados por la pandemia. Se han publicado muchos Reales Decretos-Ley sobre las más variadas materias. En esta línea, 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»).

El citado art. 36 concede al consumidor el derecho a resolver el contrato celebrado con el empresario. Este trabajo tiene por objeto examinar los tres primeros apartados del art. 36 del RD-ley 11/2020.

Este trabajo se estructura del siguiente modo. Tras unas primeras notas generales sobre el precepto (epígrafe 2) y su ámbito de aplicación (epígrafe 3), 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 examina la relación de la resolución del contrato con la posterior negociación entre las partes que impone la ley. El epígrafe 6 se ocupa del derecho de resolución y del específico régimen jurídico que tiene en el art. 36, y el epígrafe 7 examina la negociación de sesenta días entre empresario y consumidor y su posible resultado. El art. 36.3 instaura un régimen específico para los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo, que se trata en el epígrafe 8. El epígrafe 9 versa sobre la aplicación

temporal del art. 36. Por último, el epígrafe 10 hace una valoración y crítica del precepto.

## 2. NOTAS GENERALES SOBRE EL ARTÍCULO 36 DEL RD-LEY 11/2020

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 desde que se solicita la resolución, se abre una fase de negociación entre las partes, para intentar alcanzar un acuerdo novatorio. Esta fase va a durar un máximo de sesenta días. Se entiende que la resolución produce sus efectos si transcurre ese plazo sin que haya habido acuerdo. 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 organizador o, en su caso, el minorista, podrán entregar al consumidor (si este lo acepta) un bono por el importe abonado que podrá ser utilizado durante un año desde la finalización del estado de alarma y sus prórrogas, 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 de la norma da a entender que se atribuye al consumidor un derecho: el «derecho de resolución» a favor del consumidor «sin 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 obtener la devolución del precio tras la resolución del contrato por incumplimiento del empresario. 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<sup>2</sup>. La finalidad tuitiva del sistema económico es evidente, y se plasma con especial crudeza en el art. 36.4, que en su redacción original 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 le llevaría a la quiebra. La regla recogida en el art. 36.4 era contraria al art. 12.4 de la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados, que en caso de resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar el viaje combinado permite al consumidor obtener la devolución del precio abonado como muy tarde a los 14 días de la resolución<sup>3</sup>. Esta es la razón por la que el RD-Ley 21/2020 da nueva redacción al art. 36.4, estableciendo ahora que el consumidor puede aceptar o rechazar la entrega del bono.

Hay que tener en cuenta que el art. 36.1 ha sido modificado en dos ocasiones. La primera reforma se produce por el RD-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (en su DF 10<sup>a</sup>, apartado 5). La modificación tiene un doble alcance. Por una parte, se aclara que el plazo de catorce días para resolver el contrato se inicia «desde la imposible ejecución del mismo». Por otro, se cambia el *dies a quo* de los sesenta días de negociación entre las partes. Esos sesenta días se cuentan «desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor», y no «desde la imposible ejecución del contrato», como

<sup>2</sup> ÁLVAREZ LATA, N., «¿Está el consumidor obligado a aceptar una oferta alternativa razonable?», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/3.\\_NATALIA\\_ALVAREZ\\_LATA\\_-\\_Esta\\_el\\_consumidor\\_obligado\\_a\\_aceptar\\_una\\_oferta\\_alternativa\\_razonable.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/3._NATALIA_ALVAREZ_LATA_-_Esta_el_consumidor_obligado_a_aceptar_una_oferta_alternativa_razonable.pdf) [Consulta: 7 julio 2020], pp. 1; PEÑA LÓPEZ, F., «En busca de la reciprocidad perdida, ¿pero para qué tomarse la molestia?», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/32.\\_FERNANDO\\_PENA\\_LOPEZ\\_-\\_En\\_busca\\_de\\_la\\_reciprocidad\\_perdida.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/32._FERNANDO_PENA_LOPEZ_-_En_busca_de_la_reciprocidad_perdida.pdf) [Consulta: 7 julio 2020], pp. 1.

<sup>3</sup> El art. 12.2 y 4 de la Directiva 2015/2302 permite al consumidor resolver el contrato de viaje combinado por la concurrencia de «circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las intermediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino», y que en tal caso le faculta para reclamar el reembolso completo de cualquier pago realizado, reembolso que deberá realizarse «sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo no superior a catorce días después de la terminación del contrato de viaje combinado» (art. 12.4).

señalaba la versión original. Estos cambios suponen una profunda modificación del precepto. Pues ahora parece claro que el consumidor primero resuelve el contrato, pero para que la resolución opere (produzca efectos) tienen que transcurrir los sesenta días durante los cuales las partes tienen que intentar llegar a un acuerdo novatorio, sin que ese acuerdo se haya alcanzado.

La segunda modificación se produce por el RD-Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Su DF 5ª da nueva redacción a los apartados 1 y 4 del art. 36. En el art. 36.1 se han añadido las expresiones «por las autoridades competentes», «o durante las fases de desescalada o nueva normalidad», «siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento» y «que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario». Estas modificaciones también afectan de manera considerable al alcance del precepto.

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 el juego de la resolución del contrato y de la necesaria negociación que han de tener las partes durante un plazo máximo de sesenta días. 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)», que ha sido modificado en varias ocasiones<sup>4</sup>. En lo sucesivo, me referiré a él como documento del Ministerio de Consumo.

<sup>4</sup> La primera versión es del 26 de marzo de 2020, y la última (que es la que se ha manejado para este trabajo) es del 3 de junio de 2020. Está disponible en [https://cec.consumo.gob.es/CEC/docs/documentos/noticias/20200521\\_Actualizacion\\_nota\\_derechos\\_consumidores.pdf](https://cec.consumo.gob.es/CEC/docs/documentos/noticias/20200521_Actualizacion_nota_derechos_consumidores.pdf) [fecha de consulta: 20 agosto 2020].

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. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO Y SUBJETIVO

Para averiguar el ámbito de aplicación de la norma ha de estarse a lo dispuesto en el art. 36.1. En su versión definitiva establece lo siguiente:

*«Si como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades competentes durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad, 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 tendrá derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días desde la imposible ejecución del mismo siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento. 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, que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión que restaure la reciprocidad de intereses del contrato cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor o usuario 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. 36.1 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 omnicomprendiva. Se aplica a cualquier contrato, sea cual sea su naturaleza o su denominación (su «nombre»), salvo al contrato de viaje combinado, que tiene una regulación específica en el art. 36.4. 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 el caso de compra de billetes de avión, hay que aplicar con preferencia el Reglamento europeo 261/2004, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. Según el Reglamento, en caso de cancelación del vuelo la compañía aérea tiene que ofrecer «asistencia» a los pasajeros conforme al art. 8 [art. 5.1.a)], precepto este que les concede el derecho a obtener el reembolso del precio abonado en el plazo de siete días [art. 8.1.a)]. En consecuencia, el comprador del billete cancelado no tiene que «soportar» los sesenta días de «negociación» que impone el art. 36.1 RD-ley 11/2020. Sobre el particular, la Comisión ha publicado la Comunicación «Directrices interpretativas sobre los Reglamentos de la UE en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la COVID-19»<sup>5</sup>, en la que se aclara que es contrario al Reglamento la práctica según la cual, en caso de cancelación del transporte, el transportista ofrece únicamente un bono, sin dar opción a que el pasajero elija el reembolso del precio. En estos casos el viajero conserva su derecho a optar por el reembolso, si así lo prefiere. Este es el punto de partida, además, de la

<sup>5</sup> Es la Comunicación 2020/C 89 I/01, publicada en el DOUE nº C 89 I71, de 18.3.2020.

Recomendación de la Comisión 2020/648, de 13 de mayo de 2020, relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19<sup>6</sup>. El consumidor puede aceptar o rechazar el bono, pero si lo acepta (y la Comisión anima a ello) se recomienda que los bonos tengan ciertas características que los hagan atractivos a los consumidores.

#### 4. EL SUPUESTO DE HECHO: EL INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO COMO CONSECUENCIA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS DURANTE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA, LAS FASES DE DESESCALADA O LA NUEVA NORMALIDAD

Para que el art. 36.1 entre en juego, es necesario que «como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades competentes durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad, los contratos suscritos por los consumidores... resultasen de imposible cumplimiento» (art. 36.1).

Son varios los elementos que configuran el supuesto de hecho:

a) El consumidor ha celebrado con el empresario un contrato. El contrato puede haberse celebrado antes del estado de alarma (será lo habitual), durante el estado de alarma (que entra en vigor el 14 de marzo de 2020, según la DF 3ª del RD 463/2020, de 14 de marzo; y que finaliza a las 00:00 horas del 21 de junio de 2020, según el art. 2 RD 555/2020, de 5 de junio), o incluso durante la fase de nueva normalidad (regulada en el RD-ley 21/2020, de 9 de junio), que para la mayoría del territorio nacional se inicia el 21 de junio de 2020.

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

<sup>6</sup> Publicado en el DOUE nº L 151, de 14.5.2020.



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 por las autoridades competentes durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad» (la alusión a las autoridades competentes, las fases de desescalada y nueva normalidad ha sido añadida por el RD-Ley 21/2020). 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 (las «autoridades competentes»): son medidas legales o reglamentarias, adoptadas por la Administración central, autonómica o local. Se trata de un incumplimiento por fuerza mayor, en los términos del art. 1105 CC. Pero la fuerza mayor no es la pandemia ni el coronavirus, sino las medidas prohibitivas adoptadas por las autoridades competentes<sup>7</sup>. Así, 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 fuerza mayor tienen cabida en el art. 36. En concreto, están fuera del precepto los incumplimientos por 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

<sup>7</sup> CARRASCO PERERA, A., «Permítame que le cuenta la verdad sobre COVID-19 y fuerza mayor», CESCO, 17 de abril de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Permitame\\_que\\_le\\_cuenta\\_la\\_verdad\\_sobre\\_COVID-19\\_y\\_fuerza\\_mayor.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Permitame_que_le_cuenta_la_verdad_sobre_COVID-19_y_fuerza_mayor.pdf) [Consulta: 7 julio 2020], pp. 6; GREGORACI, B., «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *ADC*, II (2020), pp. 459 y 460.

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, las fases de desescalada o la nueva normalidad». Por ello, no se aplica el art. 36 cuando el incumplimiento, aun siendo por 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).

Por otra parte, la imposibilidad sobrevinida de cumplir no ha de tener los caracteres de la imposibilidad del art. 1182. Por ejemplo, no ha de ser permanente (puede ser temporal).

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. Pero si su origen puede estar en normas adoptadas durante la «nueva normalidad», es obvio que el incumplimiento puede producirse en esa misma fase o incluso después. Lo decisivo es que exista esa relación de causalidad «adecuada» entre las medidas adoptadas por las autoridades competentes y el imposible cumplimiento, siendo intrascendente la fecha en que este se produce. Así, si la empresa de carpintería se obligó a entregar el mueble el 28 de junio de 2020, y no puede construirlo porque los trabajadores de la empresa han permanecido en casa tres meses, el art. 36 se aplica, aunque ese 28 de junio haya cesado el estado de alarma. 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 consumidor todavía no ha pagado el precio (por lo que, tras la resolución del contrato, el empresario nada debe restituirle)<sup>8</sup>. 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.

De lo expuesto resulta que el art. 36 contempla un caso de imposibilidad sobrevenida de ejecutar la prestación por causas no imputables al empresario. No es un supuesto de excesiva onerosidad de la prestación, en la que, por definición, el empresario sí podría cumplir, aunque ello fuera muy costoso para él. Por eso, nada tiene que ver el art. 36 con la cláusula *rebus sic stantibus*, que tanta fama ha adquirido en estos tiempos de coronavirus.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ GÓMEZ, S., «¿Y si todavía no pagaste al proveedor cuando ya no puedes resolver conforme al art. 36.1 RD-Ley 11/2020?», 28 de mayo de 2020, CESCO. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/28.\\_SHEILA\\_MARTINEZ\\_GOMEZ\\_-\\_Y\\_si\\_todavia\\_no\\_pagaste\\_al\\_proveedor\\_cuando\\_ya\\_no\\_puedes\\_resolver\\_conforme\\_al\\_art\\_36\\_del\\_RD\\_112020.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/28._SHEILA_MARTINEZ_GOMEZ_-_Y_si_todavia_no_pagaste_al_proveedor_cuando_ya_no_puedes_resolver_conforme_al_art_36_del_RD_112020.pdf) [Consulta: 7 julio 2020], pp. 2.

## 5. LA SOLICITUD DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR EL CONSUMIDOR Y LA POSTERIOR NEGOCIACIÓN ENTRE LAS PARTES PARA INTENTAR ALCANZAR UN ACUERDO

La redacción original del art. 36.1 era muy confusa, y no establecía con claridad qué papel desempeñaba la negociación entre las partes durante un plazo máximo de sesenta días en relación con la acción resolutoria. Aunque la cuestión es dudosa, lo más adecuado es entender que, si el incumplimiento del empresario autorizaba al consumidor a resolver el contrato, podía hacerlo, pero antes las partes tenían que intentar alcanzar un acuerdo novatorio, acuerdo que se entendía que había fracasado si transcurrían sesenta días «desde la imposible ejecución del contrato». En consecuencia, las partes debían intentar alcanzar un acuerdo que fuera satisfactorio para ambas, y solo cabía resolver cuando hubieran transcurrido sesenta días y no hubieran alcanzado un acuerdo. Primero negociar, y después resolver (si la negociación no es exitosa)<sup>9</sup>.

El RD-Ley 15/2020 reforma el art. 36.1 y cambia la situación. Ahora se aclara que el derecho del consumidor a resolver el contrato durante un plazo de 14 día se inicia «desde la imposible ejecución del contrato» (cosa que no hacía en su redacción original). Y que la pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando las partes no alcancen un acuerdo, para lo cual disponen de un plazo de 60 días «desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor» (se cambia el *dies a quo* de este plazo, pues en la redacción original se computaba desde la imposible ejecución del contrato).

Por lo tanto, el consumidor resuelve el contrato. Pero en realidad esta resolución no se produce hasta que las partes hayan intentado alcanzar un acuerdo y ese intento haya fracasado. La cosa funciona del siguiente modo. El consumidor ejercita la facultad resolutoria (puede hacerlo extrajudicialmente) dentro del plazo de 14 días desde el incumplimiento. Pero la resolución no se produce en ese momento. Tras esa comunicación de resolución al empresario empieza un período de 60 días en el que las partes tienen que intentar alcanzar un acuerdo. Si logran un acuerdo, el contrato mantiene su vigencia, modificado en los términos pactados. Pero si no alcanzan un acuerdo, hay que entender que el contrato queda resuelto a los 60 días de comunicada

<sup>9</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., «Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-Ley 11/2020», CESCO, 11 de abril de 2020, [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Efectos\\_del\\_COVID-19\\_en\\_los\\_contratos\\_con\\_consumidores\\_-\\_el\\_art\\_36\\_del\\_RD-ley\\_112020.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Efectos_del_COVID-19_en_los_contratos_con_consumidores_-_el_art_36_del_RD-ley_112020.pdf), pp. 9.

la resolución<sup>10</sup>. Y resuelto el contrato, surgen las obligaciones liquidatorias: el empresario debe devolver el precio «en el plazo máximo de 14 días» (art. 36.2). Por tanto, la obligación de devolver el precio vence (es exigible) a los 14 días de haberse producido la resolución, o lo que es lo mismo, a los 74 días de haberse ejercitado la facultad resolutoria<sup>11</sup>.

Se ejercita la resolución (extrajudicial) del contrato. Pero la resolución está sometida a la condición suspensiva de que las partes no alcancen un acuerdo en el plazo de 60 días. Esta condición suspensiva tiene carácter legal, porque es el propio art. 36.1 el que la establece. Y es una condición negativa, en el sentido de que el acontecimiento que constituye la condición consiste en que no se altere el estado de las cosas (en concreto, en que las partes no lleguen a un acuerdo). Por consiguiente, la resolución solo es eficaz cuando transcurran 60 días desde el ejercicio de la facultad resolutoria. Es en ese momento cuando el contrato se extingue (se declara resuelto) y nace la obligación de restituir el precio. Porque lo que no cabe es sostener que el contrato se resuelve y extingue con la comunicación inicial de resolución, y que después «revive» cuando las partes alcanzan un acuerdo. La propia letra del precepto rechaza esa posible interpretación, cuando alude a las «propuestas de revisión» realizadas por las partes. El contrato puede «revisarse» porque todavía existe. Y se revisa para modificarlo, para obtener un acuerdo novatorio sobre algunas cláusulas de ese contrato.

La extinción se produce de forma automática a los 60 días, sin necesidad de una nueva declaración de voluntad del consumidor<sup>12</sup>. Y se produce en ese momento, sin efectos retroactivos a la fecha de ejercicio de la facultad resolutoria. Si alguna de las partes niega la eficacia de la resolución, a ella incumbe la carga de probar que hubo acuerdo novatorio que impide la resolución.

En realidad, el acuerdo que alcancen las partes puede tener un contenido muy variado, y ello influirá en la posible resolución del contrato. Por ejemplo, pueden pactar una nueva fecha de vencimiento de la obligación (entregará el bien vendido el 7 de julio de 2020, y no el 22 de abril de 2020 inicialmente pactado), y además un cambio en el objeto del contrato (que ese día entregará una cosa distinta a la inicialmente pactada).

<sup>10</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España», *Revista de Derecho Civil*, 2020, vol. VII, nº 2, pp. 38.

<sup>11</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Resolver el contrato para después tener que negociar (art. 36 RD-Ley 11/2020)», *CESCO*, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/22.\\_MANUEL\\_JESUS\\_MARIN\\_LOPEZ\\_-\\_Resolver\\_el\\_contrato\\_para\\_despues\\_tener\\_que\\_negociar\\_.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/22._MANUEL_JESUS_MARIN_LOPEZ_-_Resolver_el_contrato_para_despues_tener_que_negociar_.pdf)

<sup>12</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas...», *cit.*, pp. 39.

En ambos casos se trata de un acuerdo novatorio del contrato original que, al margen de que se califique como novación modificativa o extintiva, impide la resolución del contrato *ex art. 36*. Pero el acuerdo puede tener otro contenido. Así, el precepto prevé que se pacte un bono o vale en lugar del reembolso. Un acuerdo de este tipo implica admitir que el contrato original se resuelve, por incumplimiento del empresario, y que en lugar de devolver el precio el empresario entregará ese bono o vale, que el consumidor podrá utilizar para abonar el precio en futuros contratos con ese empresario. En este caso hay resolución, pero no obligación de restituir el precio, porque se pacta la entrega del bono.

Creo que el modelo diseñado no es adecuado. No tiene sentido que el consumidor resuelva el contrato, pero se haga depender la validez y eficacia de esa resolución del transcurso de un plazo durante el cual las partes pueden negociar. Porque si negocian y alcanzan un acuerdo novatorio, no habrá resolución, y se aplica el contrato inicial novado. Hubiera sido más fácil hacerlo de otro modo, en concreto, ordenar primero una negociación entre las partes para intentar modificar el contrato, y únicamente permitir al consumidor resolver el contrato cuando esa negociación haya fracasado o haya transcurrido un determinado período de tiempo. Ese era el modelo de la versión original del art. 36.1 que, en este punto, era más correcta.

## 6. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR EL CONSUMIDOR

### 6.1. *Casos en que el consumidor puede resolver el contrato*

El art. 36.1 concede al consumidor el derecho a resolver el contrato «durante un plazo de 14 días desde la imposible ejecución del mismo». ¿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, y de hecho el consumidor resuelve, 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 26 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 26 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 26 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. Para juzgar si el incumplimiento frustra definitivamente las expectativas del acreedor ha de atenderse a las circunstancias del caso; entre ellas, el confinamiento general de la población y a la imposibilidad de realizar ciertas actividades (por ejemplo, aunque las partes configuraron la entrega del vestido de novia un día antes de la boda como esencial, el que la boda se haya aplazado por el COVID-19 hace que la falta de entrega en fecha no constituya un incumplimiento esencial).

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.

### *6.2. El plazo de ejercicio de la acción de resolución*

El art. 36.1 señala el plazo de que dispone el consumidor para resolver el contrato: «durante un plazo de 14 días desde la imposible ejecución del mismo siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento» (art. 36.1).

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 fuerza mayor. Si admitimos que el art. 36 no concede al consumidor un derecho nuevo a desvincularse, sino que solo 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 ejercitará 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 la eficacia de la resolución se retrase sesenta días desde que se comunica la voluntad de resolver. ¿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 (*dies a quo* del plazo de prescripción), la redacción original del precepto no era clara, pues no regulaba esta cuestión de manera expresa. Pero como la resolución solo cabía tras haber intentado un acuerdo novatorio durante sesenta días, había que entender que ese plazo empezaba a correr cuando terminaba ese plazo de sesenta días sin que las partes hubieran alcanzado un acuerdo novatorio. Así sucedía, además, porque la negociación se configuraba como una fase previa a la resolución. La cosa cambia tras la reforma del art. 36 por el RD-ley 15/2020. Ahora primero el consumidor ejercita la resolución del contrato, y la norma sí especifica cuál es el *dies a quo* del plazo prescriptivo: la imposible ejecución del contrato. El RD-ley 21/2020 vuelve a referirse a esta materia, al añadir la expresión «siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento».

En relación con el día en que empieza a correr el plazo de prescripción, hay que hacer las siguientes consideraciones.

1.- El plazo empieza a correr «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 7 de mayo de 2020, el «*dies a quo*» no es el 25 de abril, día en el que el BOE publica el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, que prorroga el estado de alarma hasta las 00 horas del 10 de mayo (y que evidencia que el vendedor no podrá cumplir el día 7 de mayo), sino el propio 7 de mayo, fecha fijada como término de cumplimiento.

2.- El plazo de ejercicio de las acciones está suspendido desde el 14 de marzo de 2020 (DA 4º del RD 463/2020), y la suspensión se levanta «desde el 4 de junio de 2020» (art. 10 del RD 537/2020). Por eso, el plazo de ejercicio de la acción de resolución, que por definición nace jurídicamente como pronto durante el estado de alarma (pues en ese momento se produce el incumplimiento del empresario), empieza a correr, como muy pronto, el 4 de junio de 2020. Pero para que el plazo prescriptivo empiece a

correr, es necesario además que el consumidor «pueda ejercitar la acción» (art. 1969 CC), precepto que ha de interpretarse en clave subjetiva, como hace el Tribunal Supremo. Eso significa que el plazo empieza a correr desde que el acreedor (consumidor) conoce, o no puede fundadamente ignorar conforme a la buena fe, los hechos que fundamentan la pretensión y la identidad del deudor<sup>13</sup>. En el caso de autos, desde que el consumidor conoce el incumplimiento del empresario, lo que habitualmente sucederá el mismo día en que se produce ese incumplimiento.

3.- El consumidor puede resolver durante un plazo de 14 días desde la imposible ejecución del mismo «siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento». Esta expresión, añadida por el RD-Ley 21/2020, genera enorme confusión. Pues no está claro si la condición que se menciona («siempre que...») se refiere al propio ejercicio del derecho de resolución (no puede resolver si no se da la condición) o al modo de fijar el *dies a quo*, lo que parece más razonable. Por tanto, el *dies a quo* parece vincularse a la fecha en que cesen las medidas normativas que han impedido al empresario cumplir. Esa fecha es, en principio, el 21 de junio de 2020, día en que cesan los efectos del estado de alarma y comienza la «nueva normalidad». Aunque incluso después de ese día pueden existir «restricciones normativas» que impidan a determinados empresarios cumplir. En consecuencia, el «*dies a quo*» del plazo de 14 días para ejercitar la acción resolutoria será, como pronto, el 21 de junio de 2020. En cualquier caso, la regulación en este punto es lamentable y genera enorme inseguridad jurídica. Debería fijarse de manera más clara el *dies a quo* de la acción de resolución, para que no hubiera ninguna duda sobre la fecha concreta en que se produce. Por otra parte, si el plazo comienza a correr el 21 de junio de 2020, carece ya de importancia que el cómputo del plazo haya estado suspendido del 14 de marzo de 2020 al 4 de junio de 2020.

4.- Que el plazo de ejercicio haya estado suspendido o que el plazo no empiece a correr hasta el 4 de junio de 2020 no significa que el consumidor no pueda resolver el contrato antes. Puede hacerlo, aunque todavía no haya llegado el *dies a quo*. Así, por ejemplo, si el incumplimiento resolutorio tiene lugar el 28 de abril de 2020, el consumidor podrá resolver el contrato el 29 de abril, utilizando un procedimiento que permita dejar constancia de que lo ha ejercitado (por ejemplo, burofax).

<sup>13</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», en AAVV, *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 96.

### 6.3. Efectos de la resolución

Aunque el consumidor ejercite la resolución, en realidad no se entiende producida la resolución hasta que transcurran sesenta días sin que las partes hayan alcanzado un acuerdo novatorio. En consecuencia, la eficacia de la resolución se demora sesenta días. Eso significa que la resolución opera (se produce) cuando han transcurrido sesenta días desde que el consumidor ejercitó la resolución, normalmente, mediante una comunicación extrajudicial (v. epígrafe 5).

De los efectos de la resolución se ocupa el art. 36.2 del RD-ley 11/2020, que 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 únicamente entra en juego cuando debe entenderse que el contrato está resuelto, conforme a lo previsto en el apartado 1 del art. 36. Lo que sucederá a los sesenta días de haber ejercitado el consumidor la acción resolutoria.

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, solo 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,

los apartados 1 y 2 del 36 no se aplican (como ya se indicó en el epígrafe 4), pues no concurre el supuesto de hecho del art. 36.1. 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» (pp. 4).

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. Pero los comentaristas de la Directiva señalan que ese efecto es la devolución íntegra del precio abonado. Sin embargo, 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 esta Directiva todavía no se ha transpuesto al derecho español (la fecha límite 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 dispone el art. 36.2 RD-ley 11/2020.

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 producirse 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 para devolver el precio no se inicia cuando el consumidor ejercita la acción de resolución, sino cuando, sesenta días más tarde, se entiende producida la resolución. De este modo, la obligación del empresario de restituir el precio al consumidor vence a los 74 días desde que este ha ejercitado la acción resolutoria.

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. LAS PARTES DEBEN NEGOCIAR UN ACUERDO SATISFACTORIO PARA AMBAS DURANTE UN PERÍODO DE SESENTA DÍAS ANTES DE QUE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO PRODUZCA SUS EFECTOS

### 7.1. *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 solo 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, que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor o usuario. A estos efectos, se entenderá que no cabe obtener propuesta de revisión que restaure la reciprocidad de intereses del contrato cuando haya transcurrido un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor o usuario sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión»*.

El consumidor ya ha ejercitado la acción de resolución (habitualmente, de manera extrajudicial). Del texto transcrito resulta que esa resolución únicamente tendrá eficacia («solo podrá ser estimada») si las partes no han podido alcanzar un acuerdo durante los sesenta días siguientes a la solicitud de resolución. Como ya se ha expuesto, si durante ese plazo las partes alcanzan un acuerdo, no hay resolución, sino que el contrato se mantiene con las condiciones pactadas. Por el contrario, si pasan esos sesenta días y las partes no llegan a un acuerdo, la resolución es eficaz, lo que significa que desde ese instante ha de considerarse resuelto el contrato (y se producen los efectos típicos de la resolución).

Durante esos sesenta días las partes tienen que intentar alcanzar una modificación del contrato. En este sentido, la norma parece obligar 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». Pero en realidad el consumidor no está obligado a negociar, ni tiene por qué aceptar una propuesta de acuerdo que el empresario considere razonable, por las razones que se exponen a continuación.

El redactor de la segunda frase del art. 36.1 («La propuesta de resolución...») ha tomado como modelo el art. 1213 de la Propuesta del Código Civil presentara por el

Ministerio de Justicia en el año 2009<sup>14</sup>. Bajo el título «De la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato», este precepto regula el régimen de la cláusula *rebus sic stantibus*. Dispone que «si las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que ésta se haya hecho excesivamente onerosa para una de las partes o se haya frustrado el fin del contrato, el contratante al que, atendidas las circunstancias del caso y especialmente la distribución contractual o legal de riesgos, o le sea razonablemente exigible que permanezca sujeto al contrato, podrá pretender su revisión, y si ésta no es posible o no puede imponerse a una de las partes, podrá aquél pedir su resolución». Y en su párrafo segundo, añade: «la pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no queda obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

El art. 1213, párrafo 2, tiene pleno sentido en un precepto que regula la excesiva onerosidad de la prestación. Cuando una prestación puede ejecutarse, pero su cumplimiento es muy oneroso para una de las partes, esta puede solicitar su revisión o, en su defecto, la resolución. La resolución solo cabe cuando la revisión (modificación) del contrato no permite restaurar la reciprocidad de intereses del contrato. Pero si esa restauración sí es posible, el deudor perjudicado por la alteración sobrevenida de las circunstancias podrá solicitar la modificación, y el juez podrá acordarla (aunque la contraparte se oponga).

Aplicar este esquema al supuesto de hecho del art. 36 (imposible ejecución del contrato por el empresario) no tiene sentido. Si el empresario incumple, el consumidor podrá pedir cumplimiento o, si el incumplimiento es definitivo, la resolución. Si pide resolución (que es el supuesto de hecho del art. 36) es porque el cumplimiento posterior ya no tiene para él ningún sentido. Eso evidencia que el consumidor no tiene interés en el mantenimiento del contrato (si así fuera, no habría pedido resolución, sino cumplimiento).

Por ello, no es cierto que las partes deban negociar una solución (un acuerdo) «que restaure la reciprocidad de intereses del contrato». Y la exigencia de que esa negociación sea «de buena fe» tampoco añade nada. El consumidor no está obligado a

<sup>14</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., «Restaurar la reciprocidad en el artículo 36.1 del RDL 11/2020», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/17.\\_JOSE\\_RAMON\\_GARCIA\\_VICENTE\\_-\\_Restaurar\\_la\\_reciprocidad\\_en\\_el\\_art%C3%ADculo\\_36.1\\_del\\_RDL\\_11\\_2020.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/17._JOSE_RAMON_GARCIA_VICENTE_-_Restaurar_la_reciprocidad_en_el_art%C3%ADculo_36.1_del_RDL_11_2020.pdf) [Consulta: 7 julio 2020], pp. 1.



sentarse a negociar con el empresario, ni a contestar a las propuestas que le formule<sup>15</sup>. El empresario no puede «imponer» una revisión del contrato que, a su juicio, sea equilibrada y exigir al juez que la decrete. Y ello porque no estamos ante un caso de excesiva onerosidad de la prestación, que permitiría aplicar (con las limitaciones que lo hace el Tribunal Supremo) la doctrina de la cláusula *rebus* y exigir una modificación del contrato, reajustándolo a las circunstancias del caso, incluso contra la voluntad de uno de los contratantes. En el art. 36 se trata de otra cosa. Se trata de analizar si, incumplida una obligación por el empresario, y solicitada por el consumidor la resolución contractual, puede imponerse a este una solución distinta a la típicamente prevista para la resolución (la devolución del precio abonado). Y la respuesta es que no. Esta disfunción se debe a que se ha introducido en el art. 36.1 un texto de un precepto (no vigente, sino meramente propuesto) que regula la excesiva onerosidad de la prestación; lo que no tiene ningún sentido, pues el supuesto de hecho del art. 36 es distinto (la imposibilidad de ejecutar la prestación para un caso concreto de fuerza mayor).

Conforme a lo expuesto, el consumidor no está obligado a aceptar una propuesta de revisar el contrato o de sustituir la devolución del precio por bonos, por muy justa que pueda parecer<sup>16</sup>. Así debía entenderse el art. 36.1 desde su redacción original, y así se confirma en la versión definitiva de la norma dada por el RD-Ley 21/2020, cuando aclara que las propuestas de revisión del contrato «en todo caso quedarán sometidas a la aceptación por parte del consumidor».

En definitiva, el consumidor no está obligado a negociar con el empresario. Si este le hace una propuesta, ni siquiera está obligado a contestarla. Es posible, incluso, que el consumidor muestre desde el primer momento su decisión de no querer otra solución que la resolución del contrato y la devolución del precio. En tal caso no le quedará otra opción que esperar a que transcurran los sesenta días para que la resolución sea eficaz y pueda considerarse el contrato resuelto (y extinguido).

<sup>15</sup> En contra, ÁLVAREZ LATA, N., «¿Está el consumidor...», *cit.*, pp. 2, quien entiende que el consumidor «está obligado» a negociar con el empresario, lo que impide que el consumidor pueda tener un comportamiento absolutamente pasivo ante la oferta alternativa del empresario.

<sup>16</sup> ÁLVAREZ LATA, N., «¿Está el consumidor...», *cit.*, pp. 1; GARCÍA VICENTE, J. R., «Restaurar la reciprocidad...», *cit.*, pp. 2; MARÍN LÓPEZ, M. J., «En el art. 36 RD-Ley 11/2000, ¿está obligado el consumidor a aceptar una oferta alternativa razonable?», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/23.\\_MANUEL\\_JESUS\\_MARIN\\_LOPEZ\\_-\\_En\\_el\\_art\\_36\\_RD-Ley\\_11\\_2020\\_-\\_esta\\_obligado\\_el\\_consumidor\\_a\\_aceptar\\_una\\_oferta\\_alternativa\\_razonable.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/23._MANUEL_JESUS_MARIN_LOPEZ_-_En_el_art_36_RD-Ley_11_2020_-_esta_obligado_el_consumidor_a_aceptar_una_oferta_alternativa_razonable.pdf) [Consulta: 7 julio 2020], pp. 2; PEÑA LÓPEZ, F., «En busca...», *cit.*, pp. 2.

## 7.2. El contenido del acuerdo: el bono

El art. 36.1 se refiere a «propuestas de revisión» del contrato, lo que parece indicar que el acuerdo ha de constituir una modificación (novación) del contrato original. En realidad, el acuerdo que alcancen las partes puede tener un contenido muy variado, y ello influirá en la posible resolución del contrato. Por ejemplo, pueden pactar una nueva fecha de vencimiento de la obligación (entregará el bien vendido el 7 de julio de 2020, y no el 22 de abril de 2020 inicialmente pactado), y además un cambio en el objeto del contrato (que ese día entregará una cosa distinta a la inicialmente pactada). En ambos casos se trata de un acuerdo novatorio del contrato original que, al margen de que se califique como novación modificativa o extintiva, impide la resolución del contrato *ex art. 36*.

Pero el acuerdo puede tener otro contenido. Así, el precepto prevé que se pacte un bono o vale en lugar del reembolso. Un acuerdo de este tipo implica admitir que el contrato original se resuelve, por incumplimiento del empresario, y que en lugar de devolver el precio el empresario entregará ese bono o vale, que el consumidor podrá utilizar para abonar el precio en futuros contratos con ese empresario. En este caso hay resolución, pero no obligación de restituir el precio, porque se pacta la entrega del bono.

En relación con el bono o vale (ambos términos se utilizan en el art. 36.1), se trata de un documento que contiene una obligación alternativa con elección del acreedor (consumidor): o comprar un bien o servicio a ese empresario durante el plazo de vigencia del bono (que no tiene necesariamente que ser de un año, como sí se establece para los viajes combinados en el art. 36.4), imputando el valor del bono en todo o en parte al pago del nuevo precio, o recobrar al vencimiento del bono la totalidad del precio abonado.

Como el consumidor no está obligado a aceptar el bono, si el empresario quiere que el consumidor lo acepte tendrá que ofrecerle un bono que le resulte útil. Cuanto más valor le dé el empresario a este vale, más posibilidades hay de que el consumidor lo acepte. A estos efectos, el bono podría configurarse como un título al portador, de manera que el consumidor contratante podría cederlo a otro sujeto para que lo utilice para adquirir bienes o servicios de ese empresario. Lo ideal, incluso, es que el bono se hubiera configurado legalmente como un título-valor, para que el consumidor lo pudiera descontar en caso de necesidad y convertirlo rápidamente en dinero.

### 7.3. El plazo de sesenta días

Según el art. 36.1, la resolución del contrato se producirá cuando «haya transcurrido un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución contractual por parte del consumidor o usuario sin que haya acuerdo entre las partes sobre la propuesta de revisión». Por tanto, la resolución (ya ejercitada) no es eficaz hasta que transcurren esos sesenta días. Se trata de sesenta días naturales. Ese plazo debe transcurrir en todo caso, aunque el consumidor informe desde el primer momento que no quiere alcanzar ningún acuerdo y que únicamente desea la devolución del contrato.

El plazo de sesenta días empieza a correr desde que el consumidor solicitó la resolución. Como este plazo no es de prescripción ni de caducidad, no está afectado por la suspensión de los plazos establecida en la DA 4ª del RD 463/2020. Tampoco se trata de un plazo procesal que deba suspenderse (conforme a la DA 2ª del citado Real Decreto). Pero es evidente que, mientras esté vigente el estado de alarma, las partes tendrán más dificultades para «negociar» un acuerdo que sea satisfactorio para ambas. Además, no será fácil llegar a un acuerdo cuando no saben hasta cuándo durará el estado de alarma y cuánto tiempo continuará cerrado el establecimiento comercial del empresario.

Cabe la posibilidad de que los sesenta días transcurran durante el estado de alarma. Así, por ejemplo, si la resolución se solicita el 20 de marzo de 2020, el plazo de sesenta días termina el 19 de mayo, fecha en la que todavía está vigente el estado de alarma. De lo expuesto resulta que no se cumple la finalidad perseguida por la ley. No se evita (o no en todos los casos) que, terminado el estado de alarma, el empresario tenga de devolver inmediatamente al consumidor el precio. El ejemplo que acaba de mencionarse evidencia que el empresario puede estar obligado a su restitución incluso antes de que cese el estado de alarma.

## 8. RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRACTO SUCESIVO

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 (pp. 3).

2.- Al empresario le resulta imposible cumplir el contrato a causa de «las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad». 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 esa etapa (por 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.

A veces será complicado determinar si el empresario puede seguir prestando el servicio (por ejemplo, porque puede prestarse a distancia y online, como puede ocurrir con la enseñanza de inglés), y si ese servicio que se presta online es conforme a lo pactado o constituye un incumplimiento resolutorio que autoriza al consumidor a resolver el contrato. Es razonable entender que, si el servicio prestado en forma online resulta adecuado al fin contractual y proporciona la utilidad razonable y objetivamente esperable, el consumidor no podrá, ni rechazar la oferta de cumplimiento del prestador del servicio, ni alegar incumplimiento que le permita resolver el contrato (por lo que no es aplicable el art. 36 RD-ley 11/2020)<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Díez GARCÍA, H., «Y si el servicio contratado se sigue prestando o puede o debe seguir prestándose de forma *online* durante el estado de alarma, ¿se aplica el art. 36 RD-Ley 11/2020?», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/13.\\_HELENA\\_DIEZ\\_GARCIA\\_-\\_Y\\_si\\_el\\_servicio\\_contratado\\_se\\_sigue\\_prestando\\_de\\_forma\\_online\\_durante\\_el\\_estado\\_de\\_alarma.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/13._HELENA_DIEZ_GARCIA_-_Y_si_el_servicio_contratado_se_sigue_prestando_de_forma_online_durante_el_estado_de_alarma.pdf) [Consulta: 7 julio 2020], pp. 2.

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 nuevas 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 sin recibir servicios, si el gimnasio abre de nuevo en junio, los 60 € abonados el 1 de abril

se aplicarán a pagar la cuota de junio, julio y septiembre, 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). 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 cualquiera 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<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Sin embargo, ÁLVAREZ OLALLA sostiene que si el contrato de tracto sucesivo es de duración determinada, el consumidor no podrá resolver, pues solo cabe suspender el contrato durante el tiempo que dure la imposibilidad de prestar el servicio [en «No me cobrarán devengos futuros de contratos de tracto sucesivo. Pero ¿tengo que haber resuelto antes?», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/4.\\_PILAR\\_ALVAREZ\\_OLALLA\\_-\\_No\\_me\\_cobraras\\_devengos\\_futuros\\_de\\_contratos\\_de\\_tracto\\_sucesivo.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/4._PILAR_ALVAREZ_OLALLA_-_No_me_cobraras_devengos_futuros_de_contratos_de_tracto_sucesivo.pdf) (Consulta: 7 julio 2020)], pp. 2.

2.- Si el consumidor quiere solicitar la devolución de cantidades conforme al art. 36.3, ¿tiene que «soportar» los sesenta días de negociaciones que exige, con carácter general, 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 (pp. 3, punto 5).

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.

Esta segunda interpretación es la que mejor encaja con la literalidad del precepto, pues así lo exige el art. 36.1. Pero esa negociación de sesenta días solo procede cuando el consumidor ha solicitado la resolución del contrato. Pues únicamente en ese caso (solicitud de resolución) se requiere por el art. 36.1 que transcurran sesenta días antes de que la resolución sea ineficaz y el consumidor pueda pedir la devolución de la parte del precio que corresponda.

El resultado al que conduce esta interpretación es incongruente (incongruencia del sistema, y no del intérprete). Si tras el incumplimiento del prestador de servicios de tracto sucesivo el consumidor puede resolver el contrato y, de hecho, ejercita la resolución, esa resolución será eficaz a los sesenta días, como requiere el art. 36.1, salvo que durante ese tiempo las partes alcancen una solución amistosa. 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 solo se prevé en el art. 36.1 cuando el consumidor pretende ejercitar la acción resolutoria, pero no otra.

A la vista de lo expuesto, el consumidor puede actuar estratégicamente para impedir esa espera de sesenta días: podrá solicitar (y podrá hacerlo siempre, aunque el incumplimiento sea «resolutorio») una rebaja en el precio, reclamando la inmediata devolución de la parte del precio abonada que se corresponda con servicios no prestados. El empresario no podrá acudir al art. 36.1 para retrasar la devolución sesenta días. Sí podrá ofrecer al consumidor otras soluciones (por ejemplo, disfrutar del servicio con posterioridad, o reducir la cuantía de las futuras cuotas). Pero el consumidor puede fundadamente rechazarlas y solicitar la inmediata restitución del precio.

La conclusión a la que se llega es desoladora: ¿para qué sirve el art. 36.3, si el consumidor puede en estos contratos solicitar la rápida devolución del precio? La finalidad perseguida por el art. 36 no se consigue en estos contratos.

Todo esto evidencia que el art. 36 es una norma mal diseñada, que está redactada de manera lamentable. No discuto su finalidad: que los consumidores soporten parte 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. Cosa distinta es que al consumidor le interese más la rebaja del precio que la resolución, como se ha expuesto.

#### 9. LA APLICACIÓN TEMPORAL DEL ART. 36 RD-LEY 11/2020

La cuestión de a qué contratos (celebrados en qué fecha) se aplica el art. 36 es especialmente compleja. El RD-Ley 11/2020 entra en vigor el 2 de abril de 2020, por lo que es evidente que los contratos celebrados desde ese día están sometidos al régimen jurídico diseñado en esta norma. Por su parte, el RD-Ley 15/2020 entra en vigor el 23 de abril de 2020 (al día siguiente de su publicación en el BOE; DF 13ª). Por ello, la versión del art. 36 modificada por este RD-ley 15/2020 se aplica a contratos celebrados a partir del 23 de abril de 2020.



En la práctica, lo habitual es que los contratos que el empresario incumple por la crisis del COVID se hayan celebrado antes del 2 de abril de 2020, y más concretamente, antes de que se decretara el estado de alarma. ¿Quedan esos contratos sometidos al art. 36?

Hay que partir de que tanto el RD-Ley 11/2020 como el RD-Ley 15/2020 tienen cinco Disposiciones Transitorias, pero ninguna de ellas se refiere al art. 36. Hubiera sido conveniente que el RD-Ley 11/2020 hubiera regulado expresamente esta cuestión en sus Disposiciones Transitorias. En ausencia de las mismas, para analizar el régimen transitorio del art. 36 ha de acudir a las Disposiciones Transitorias del Código Civil. Pero hay que tener en cuenta también que el art. 36 es una norma «excepcional», en el sentido del art. 4.2 CC, y por eso de interpretación restrictiva. Desde ese punto de vista, cabe dudar de la posible aplicación retroactiva de este precepto a contratos celebrados antes del 2 de abril de 2020.

Incluso aunque se admita que el art. 36 se aplica a contratos celebrados antes del 2 de abril de 2020, es necesario distinguir varias hipótesis:

1.- 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.

2.- 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. Es posible, en primer lugar, que quiera resolver entre el 2 y el 22 de abril. 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 4ª 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. Por lo tanto, aunque el consumidor quiera, no podrá resolver (se lo impide el art. 36.1 en su versión original), sino que tendrá que «negociar» durante un plazo de 60 días.

Pero cabe, en segundo lugar, que el empresario incumpla antes del 2 de abril de 2020 pero el consumidor pretende ejercitar la acción resolutoria a partir del 23 de abril. Ya está vigente la nueva redacción del art. 36 dada por el RD-Ley 15/2020, que permite al consumidor resolver en el plazo de 14 días desde que se produce el incumplimiento. El derecho de resolución queda sometido a este nuevo régimen, que supone una modulación del «ejercicio» y sobre todo de la «duración» del derecho de resolución, conforme a lo previsto en la DT 4ª CC. El consumidor tenía el derecho a resolver antes del 2 de abril de 2020. Este derecho no lo puede ejercitar directamente tras la publicación del RD-Ley 11/2020, que «suspende» la posibilidad de resolver hasta que no hayan transcurrido sesenta días de «negociación». Mientras están transcurriendo esos sesenta días, o incluso antes de que se inicie esa negociación, se publica el RD-Ley 15/2020. El consumidor, que sigue teniendo el derecho a resolver, queda sometido a la nueva regulación, y podrá resolver en el plazo de 14 días. Ese plazo empieza a correr, según el art. 36.1, desde el incumplimiento del empresario. Pero en el caso que se examina empezará a correr desde la entrada en vigor del nuevo art. 36.1 (esto es, el 23 de abril de 2020), aunque como el cómputo de los plazos de prescripción y caducidad están suspendidos hasta el 4 de junio de 2020 (art. 10 del RD 537/2020), el plazo se inicia ese día. La cosa no puede ser de otro modo. No cabe sostener que el plazo de ejercicio de la resolución empezó el día en que el empresario incumplió (antes del 2 de abril de 2020), pues la conclusión sería absurda: se le concede un derecho cuyo plazo de ejercicio ya ha transcurrido cuando se publica la ley que le concede el derecho. Además, la «duración» del ejercicio de la acción resolutoria se reduce en el nuevo art. 36.1, por lo que esa nueva «duración» únicamente es aplicable desde la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 36.1 dada por el RD-Ley 15/2020 (esto es, el 23 de abril de 2020).

3.- El incumplimiento del empresario se produce entre el 2 y el 22 de abril de 2020. Se aplica el régimen previsto en el art. 36 en la redacción dada por el RD-Ley 11/2020. Hasta el 22 de abril el consumidor no podrá resolver el contrato, porque antes tiene que «negociar» con el empresario al menos durante sesenta días. Pero tras la reforma del art. 36 por el RD-Ley 15/2020 (vigente desde el 23 de abril), el consumidor sí puede resolver. Y si quiere hacerlo tiene que someterse a las reglas del nuevo art. 36.1, por aplicación de las Disposiciones Transitorias del CC, en particular de la DT 4ª. El régimen será el mismo que se ha expuesto en el párrafo anterior (para

incumplimientos anteriores al 2 de abril, pero con ejercicio de la acción después del 23 de abril).

4.- El incumplimiento del empresario se produce el 23 de abril de 2020 o con posterioridad. Se aplica el art. 36, en la redacción dada por el RD-Ley 15/2020, pues la facultad resolutoria nace tras el incumplimiento del contrato, esto es, después de ese día 23 de abril. Nace, por tanto, bajo el régimen instaurado en este precepto.

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.

Pero el RD-Ley 11/2020 contiene otra norma sobre el alcance temporal de sus preceptos: la DF 12ª. Según este precepto, «con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma». El apartado 2 añade que «sin perjuicio de lo anterior la vigencia de las medidas previstas en este real decreto-ley, previa evaluación de la situación, se podrá prorrogar por el Gobierno mediante real decreto-ley».

En consecuencia, el art. 36 RD-Ley 11/2020 mantiene su vigencia hasta las 00 horas del 21 de julio de 2020 (que es un mes después del fin del estado de alarma, que tiene lugar a las 00 horas del 21 de junio de 2020).

#### 10. VALORACIÓN Y CRÍTICA DEL PRECEPTO

El art. 36 RD-Ley 11/2020 no es una norma de protección del consumidor. La norma no concede al consumidor un derecho que hasta entonces no tuviera (el derecho de resolver el contrato por el incumplimiento del empresario), sino que su finalidad es proteger al empresario que no puede cumplir el contrato por las medidas adoptadas por las autoridades competentes para hacer frente a la pandemia de la COVID-19. Estas medidas provocarán incumplimientos masivos del empresario, que darán lugar a decenas de peticiones de resolución y devolución del precio, que difícilmente el empresario podrá atender sin verse abocado a la bancarrota. Para limitar este riesgo del empresario, el art. 36 dispone que, si el consumidor resuelve el contrato, esa resolución tendrá eficacia a los sesenta días. Se produce así una suerte de moratoria de sesenta días respecto a la obligación de devolver el precio que surge tras la resolución contractual.

La solución ofrecida por el art. 36 RD-Ley 11/2020 es insuficiente para el empresario, perjudicial para el consumidor e inadecuada en términos jurídicos y económicos.

El art. 36 es insuficiente para el empresario que, tras sufrir la resolución de muchos contratos celebrados con consumidores, se enfrenta al deber de devolver el precio abonado por los consumidores. Una demora de sesenta días en la devolución del precio no resuelve su problema, sino que lo atrasa a un momento posterior.

El art. 36 es muy perjudicial para el consumidor. Ya se ha indicado que la norma no concede al consumidor ningún derecho nuevo, sino que contempla un régimen específico de la resolución contractual. El precepto limita el ejercicio de la resolución desde varias perspectivas: establece un plazo de prescripción muy breve (14 día), retrasa la eficacia de la resolución a los sesenta días del ejercicio de la facultad resolutoria, y permite al empresario retener determinadas cantidades del importe que ha de restituir, apartándose de la regla general de la íntegra devolución del precio.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el art. 36 es de una calidad técnica lamentable. La rúbrica constituye un engaño al lector, pues no es una norma destinada a «proteger a los consumidores». Además, las normas jurídicas deben ser claras y tienen 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. El hecho de que en apenas dos meses haya sido reformado en dos ocasiones tampoco ayuda al intérprete. Más aun si esas reformas no han traído consigo una redacción más clara y comprensible. Además, el precepto es contrario a la Directiva 2011/83/UE, que, en caso de resolución del contrato por falta de entrega del bien, faculta al consumidor a resolver y solicitar la devolución de todo el precio, sin que el empresario pueda detraer cantidad alguna (cosa que sí permite el art. 36.2 RD-Ley 11/2020).

La solución acogida en el art. 36 es también inadecuada, en términos jurídicos y económicos, porque únicamente regula la resolución del contrato, y la resolución no es un instrumento adecuado para solventar los problemas provocados por la COVID. Como han señalado MORALES MORENO<sup>19</sup> y GANUZA y GÓMEZ POMAR<sup>20</sup>, la resolución no es conveniente. Un contrato en vigor es un activo valioso. Si el contrato se resuelve, se destruye el valor asociado a ese contrato. El entramado de reciprocidades que se produce en el seno de una relación contractual viva y que opera como mecanismo de incentivo de conductas que producen valor social -y que dependen crucialmente de la

<sup>19</sup> MORALES MORENO, A. M., «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución», *ADC*, II (2020), pp. 44.

<sup>20</sup> GANUZA, J. J. y GÓMEZ POMAR, F., «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *InDret*, 2.2000, pp. 571 y ss.

plausible continuidad de la relación- decae cuando el contrato se acaba. Además, los costes asociados a la extinción de un contrato son elevados, y la resolución del contrato provocaría también la extinción de contratos anteriores en la cadena de distribución, dando lugar a quiebras en cascada.

La resolución del contrato, que es una medida de estricta justicia conmutativa diseñada para situaciones ordinarias, es inadecuada en un panorama como el actual, en el que es necesario el mantenimiento de los contratos. La gravedad de la situación requiere la adopción de medidas legales excepciones, inspiradas en principios de justicia distributiva, que permitan distribuir adecuadamente el impacto extraordinario de la pandemia en el conjunto de la sociedad<sup>21</sup>. Pero nada de eso se hace en el art. 36 RD-Ley 11/2020.

Por otra parte, la «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. Si el consumidor ejercita alguna de estas dos acciones, el empresario no podrá alegar el art. 36 para «retrasar» el pago a que conduce su ejercicio exitoso.

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. Es cierto que el derecho a suspender el pago del consumidor no se contempla en el art. 36. Pero es una solución admitida conforme al derecho común: si al empresario le resulta imposible cumplir en la fecha pactada, el consumidor puede suspender provisionalmente el pago.

Por las razones expuestas, el art. 36 se presenta como una norma ineficiente. Crea una enorme complejidad en el sistema, y no evita la resolución del contrato, que es precisamente lo que debería intentar conseguirse.

<sup>21</sup> MORALES MORENO, A. M., «El efecto de la pandemia...», *cit.*, pp. 448.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N., «¿Está el consumidor obligado a aceptar una oferta alternativa razonable?», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/3.\\_NATALIA\\_ALVAREZ\\_LATA\\_-\\_Esta\\_el\\_consumidor\\_obligado\\_a\\_aceptar\\_una\\_oferta\\_alternativa\\_razonable.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/3._NATALIA_ALVAREZ_LATA_-_Esta_el_consumidor_obligado_a_aceptar_una_oferta_alternativa_razonable.pdf) [Consulta: 7 julio 2020].

ÁLVAREZ OLALLA, P., «No me cobrarán devengos futuros de contratos de tracto sucesivo. Pero ¿tengo que haber resuelto antes?», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/4.\\_PILAR\\_ALVAREZ\\_OLALLA\\_-\\_No\\_me\\_cobraras\\_devengos\\_futuros\\_de\\_contratos\\_de\\_tracto\\_sucesivo.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/4._PILAR_ALVAREZ_OLALLA_-_No_me_cobraras_devengos_futuros_de_contratos_de_tracto_sucesivo.pdf) [Consulta: 7 julio 2020].

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S., «La epidemia y el cumplimiento de los contratos: fuerza mayor y cláusula rebus sic stantibus», *Hay Derecho*, 17 de marzo de 2020. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/17/la-epidemia-y-el-cumplimiento-de-los-contratos-fuerza-mayor-y-clausula-rebus-sic-stantibus/> [Consulta: 7 julio 2020].

CARRASCO PERERA, A.: «Permítame que le cuenta la verdad sobre COVID -19 y fuerza mayor», CESCO, 17 de abril de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Permitame\\_que\\_le\\_cuenta\\_la\\_verdad\\_sobre\\_COVID-19\\_y\\_fuerza\\_mayor.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Permitame_que_le_cuenta_la_verdad_sobre_COVID-19_y_fuerza_mayor.pdf) [Consulta: 7 julio 2020].

— «Un modelo contractual para COVID-19: las moratorias como bonos a la vista», CESCO, 2 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Un\\_modelo\\_contractual\\_para\\_COVID-19\\_las\\_moratorias\\_como\\_bonos\\_a\\_la\\_vista.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Un_modelo_contractual_para_COVID-19_las_moratorias_como_bonos_a_la_vista.pdf) [Consulta: 7 julio 2020]

DÍEZ GARCÍA, H., «Y si el servicio contratado se sigue prestando o puede o debe seguir prestándose de forma *online* durante el estado de alarma, ¿se aplica el art. 36 RD-Ley 11/2020?», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/13.\\_HELENA\\_DIEZ\\_GARCIA\\_-\\_Y\\_si\\_el\\_servicio\\_contratado\\_se\\_sigue\\_prestando\\_de\\_forma\\_online\\_durante\\_el\\_estado\\_de\\_alarma.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/13._HELENA_DIEZ_GARCIA_-_Y_si_el_servicio_contratado_se_sigue_prestando_de_forma_online_durante_el_estado_de_alarma.pdf) [Consulta: 7 julio 2020].

GANUZA, J. J. y GÓMEZ POMAR, F., «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19: guía de uso», *InDret*, 2.2020, pp. 558 a 584.

GARCÍA RUBIO, M. P., «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del COVID-19 en España», *Revista de Derecho Civil*, vol. VII (2020), nº 2, pp. 15 a 46.

GARCÍA VICENTE, J. R., «Restaurar la reciprocidad en el artículo 36.1 del RDL 11/2020», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/17.\\_JOSE\\_RAMON\\_GARCIA\\_VICENTE\\_-\\_Restaurar\\_la\\_reciprocidad\\_en\\_el\\_art%C3%ADculo\\_36.1\\_del\\_RDL\\_11\\_2020.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/17._JOSE_RAMON_GARCIA_VICENTE_-_Restaurar_la_reciprocidad_en_el_art%C3%ADculo_36.1_del_RDL_11_2020.pdf) [Consulta: 7 julio 2020].

GÓMEZ LIGÜERRE, C., «Editorial. Fuerza mayor», *InDret*, 2.2020, pp. I a XI.

GREGORACI, B., «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *ADC*, II (2020), pp. 455 a 490.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: «*El dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código Civil», en AAVV, *La prescripción extintiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 15 y ss.

— «Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-Ley 11/2020», CESCO, 11 de abril de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Efectos\\_del\\_COVID-19\\_en\\_los\\_contratos\\_con\\_consumidores-\\_el\\_art\\_36\\_del\\_RD-ley\\_112020.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Efectos_del_COVID-19_en_los_contratos_con_consumidores-_el_art_36_del_RD-ley_112020.pdf), [Consulta: 7 julio 2020].

— «En el art. 36 RD-Ley 11/2000, ¿está obligado el consumidor a aceptar una oferta alternativa razonable?», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/23.\\_MANUEL\\_JESUS\\_MARIN\\_LOPEZ\\_-\\_En\\_el\\_art\\_36\\_RD-Ley\\_11\\_2020\\_-\\_esta\\_obligado\\_el\\_consumidor\\_a\\_aceptar\\_una\\_oferta\\_alternativa\\_razonable.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/23._MANUEL_JESUS_MARIN_LOPEZ_-_En_el_art_36_RD-Ley_11_2020_-_esta_obligado_el_consumidor_a_aceptar_una_oferta_alternativa_razonable.pdf) [Consulta: 7 julio 2020].

— «Resolver el contrato para después tener que negociar (art. 36 RD-Ley 11/2020)», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/22.\\_MANUEL\\_JESUS\\_MARIN\\_LOPEZ\\_-\\_Resolver\\_el\\_contrato\\_para\\_despues\\_tener\\_que\\_negociar\\_.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/22._MANUEL_JESUS_MARIN_LOPEZ_-_Resolver_el_contrato_para_despues_tener_que_negociar_.pdf) [Consulta: 7 julio 2020].

MARTÍNEZ GÓMEZ, S., «¿Y si todavía no pagaste al proveedor cuando ya no puedes resolver conforme al art. 36.1 RD-Ley 11/2020?», 28 de mayo de 2020, CESCO. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/28.\\_SHEILA\\_MARTINEZ\\_GOMEZ\\_-\\_Y\\_si\\_todavia\\_no\\_pagaste\\_al\\_proveedor\\_cuando\\_ya\\_no\\_puedes\\_resolver\\_conforme\\_al\\_art\\_36\\_del\\_RD\\_112020.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/28._SHEILA_MARTINEZ_GOMEZ_-_Y_si_todavia_no_pagaste_al_proveedor_cuando_ya_no_puedes_resolver_conforme_al_art_36_del_RD_112020.pdf) [Consulta: 7 julio 2020].

MORALES MORENO, A. M., «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», *ADC*, II (2020), pp. 447 a 454.

PEÑA LÓPEZ, F., «En busca de la reciprocidad perdida, ¿pero para qué tomarse la molestia?», CESCO, 28 de mayo de 2020. Disponible en [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/32.\\_FERNANDO\\_PENA\\_LOPEZ\\_-\\_En\\_busca\\_de\\_la\\_reciprocidad\\_perdida.pdf](http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/32._FERNANDO_PENA_LOPEZ_-_En_busca_de_la_reciprocidad_perdida.pdf) [Consulta: 7 julio 2020].

RODRÍGUEZ-ROSADO, B. y RUIZ ARRANZ, A., «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y Covid-19», *Almacén de Derecho*, 16 de abril de 2020, <https://almacenederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19> [Consulta: 17 julio 2020].

Fecha de recepción: 08.09.2020

Fecha de aceptación: 26.11.2020