

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS POR CONSUMIDORES EN TIEMPOS DE PANDEMIA. ART 36. 1 Y 2 RD-LEY 11/2020*

Esther Torrelles Torrea

Profesora Titular Derecho civil
Universidad de Salamanca

TITLE: *Resolution of contracts by consumers in time of pandemic. Article 36.1 y 2 DR-Ley 11/2020*

RESUMEN: El art. 36 RD-Ley 11/2020 se promulga con el propósito, no conseguido, de proteger al consumidor y usuario. Se le otorga un derecho de resolución de los contratos de compraventa de bienes y prestación de servicios cuando resultan imposibles de cumplir por la crisis sanitaria. La norma tiene una fuerte connotación económica y esconde o nos recuerda a instituciones clásicas del Derecho privado (la fuerza mayor, la imposibilidad sobrevenida, la cláusula *rebus sic stantibus*, etc). Se puede calificar como una norma de emergencia en tiempos de crisis, pero eso no justifica su técnica legislativa. El presente trabajo pretende abordar los aspectos más conflictivos de la norma analizando, entre otros, su supuesto de hecho, ámbito de aplicación o efectos. Se apuesta por una conservación del contrato sin olvidar la vulnerabilidad de las partes contratantes.

ABSTRACT: *The art. 36 RD-Ley 11/2020 is enacted with the unsuccessful purpose of protecting the consumer and user. The consumer has a right to contract termination for the sales of goods and provision of services impossible to fulfill due to the health crisis. The rule has a strong economic connotation and hides or reminds us of classic private law institutions (force majeure, contract termination, the rebus sic stantibus clause, etc.). It is an emergency rule in times of crisis, but that does not justify its legislative technique. The present work aims to address the most conflictive aspects of the standard by analyzing, among others, its factual assumption, scope of application or effects. It is committed to preserving the contract without forgetting the vulnerability of the contracting parties.*

PALABRAS CLAVE: Consumidor y usuario, resolución del contrato; fuerza mayor; cláusula *rebus sic stantibus*; negociación, restitución, gastos incurridos.

KEY WORDS: *Consumer and user, contract termination; force majeure; rebus sic stantibus; negotiation, restitution, expenses.*

SUMARIO: 1. EL EFECTO «GIACOMETTI» EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES 2. SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. 3. REPERCUSIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR Y USUARIO. 4. DERECHO DE RESOLUCIÓN DE DETERMINADOS CONTRATOS SIN PENALIZACIÓN POR PARTE DE

* El presente trabajo lo desarrollo en mi condición de miembro investigador del GIR «Persona y consumo. Protección de colectivos vulnerables», cuyo investigador responsable es JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ, reconocido el 18/10/2018. El trabajo se enmarca en el ámbito del proyecto de investigación «Contratación y consumo colaborativo: análisis jurídico y propuestas de reforma de la normativa ante los nuevos retos del mercado» DER2016-77680-R, del que son investigadoras principales MARILÓ GRAMUNT FOMBUENA y GEMMA RUBIO GIMENO; y «Responsabilidad civil y protección de los consumidores». DER 2017-85129-P, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (AEI/FEDER, UE), del que es investigador principal JESÚS ESTRUCH ESTRUCH.

CONSUMIDORES Y USUARIOS. 4.1. *El ámbito de aplicación del art. 36.1 rd-l 11/2020*. 4.2. *Causas que motivan el «imposible cumplimiento» y resolución contractual*. 4.3. *¿un asomo de la cláusula rebus sic stantibus?*. 4.3.1. La excesiva onerosidad. 4.3.2. La frustración del contrato. 4.4. *Condiciones legales para resolver el contrato*. 4.4.1. La necesidad de negociar. 4.4.2. Plazo para resolver el contrato. 4.5. *Efectos de la resolución contractual (art. 36.2 rd-ley 11/2020)*. 5. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA

1. EL EFECTO «GIACOMETTI» EN LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES

La crisis sanitaria que se vive a nivel mundial ha azotado a múltiples ámbitos, entre ellos el jurídico. Ha sido necesario que los países se adapten jurídicamente a la nueva situación, sin olvidar que es una crisis de todos: acreedores y deudores, y vulnerables no lo son solo los consumidores, sino también muchos empresarios¹. Esta adaptación del Derecho a las nuevas circunstancias ha generado la aprobación de multitud de normas que se añaden a las reglas generales ya existentes en nuestro ordenamiento². Son normas temporales, transitorias, que pretenden ayudar a sobrellevar una crisis³. Estas normas han alcanzado un volumen enorme y ejemplo de ello es el Código COVID-19 de Derecho Europeo, Nacional y autonómico, publicado en el BOE que a fecha de diciembre de 2020 contiene más de 2000 páginas.

Si observamos la normativa relativa a contratos con consumidores que se ha ido promulgando (la interrupción del derecho de desistimiento, la necesidad de negociación del art. 36.1 previa a la resolución del contrato, las moratorias previstas en la contratación financiera o en contratos de arrendamientos, etc.)⁴, percibimos un

¹ CAÑIZARES LASO, ANA, «La aplicación de la *rebus sic stantibus* en la normativa del estado de alarma», en Enrique Sanjuán y Muñoz (coord.), *Contratos y negocios afectados por la normativa del estado de alarma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 64, afirma que «la pandemia es una crisis que afecta a todos los contratantes porque todos se ven perjudicados por ella, si bien es verdad que unos lo estarán más que otros». Por esta circunstancia JEREZ, CARMEN, KUBICA, MARÍA Y RUDA, ALBERT, «Covid-19, fuerza mayor y contrato, en el amplio panorama del derecho de los desastres», en *Derecho de los desastres: Covid-19*, Tomo II, Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2020, p. 1478, alegan que debemos aproximarnos a la materia «desde una perspectiva de búsqueda del razonable equilibrio de las prestaciones y reparto de riesgos, conforme a la buena fe o equidad en el ejercicio de los derechos».

² Como nos señala GÓMEZ LAGÜIRRE, CARLOS, «Fuerza mayor», Editorial, *Indret* 2.2020, p. iii, sin perjuicio de la necesidad de todas estas normas, es arriesgado legislar en tiempo de crisis: «falta la perspectiva que exige aprobar normas con carácter general y vocación de permanencia. La urgencia, además, impide el sosiego que exige el proceso de elaboración y de aprobación de una norma y reduce las garantías procedimentales en su tramitación», añadiendo en la p. V que «hay que reconocer con resignación y mucha preocupación por nuestro futuro inmediato, que el ordenamiento jurídico español llega a esta crisis con los deberes sin hacer».

³ RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO, Y RUIZ ARRANZ, ANTONIO I., «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y Covid-19», Almacén de Derecho, Abril 16, 2020, disponible en: <https://almacendederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19>, p. 1.

⁴ REYES LÓPEZ, M^a JOSÉ, «Las pretendidas medidas de protección a los consumidores con motivo del Covid-19», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 bis, mayo 2020, p. 570, clasifica las medidas que afectan directamente los intereses de los consumidores en tres bloques. Un resumen de las medidas también disponible, entre otros, en GÓMEZ LAGÜIRRE, «Fuerza mayor», *loc cit*, pp. ii ss.

alargamiento y prolongación de los plazos que nos recuerdan las esculturas de Giacometti y, con ello, los riesgos y fragilidad que ello puede implicar. Al igual que su obra, la normativa regula unos plazos que se estiran, unos derechos que se desdibujan y sugieren ser vistos desde lejos. Se ha intentado hacer frente a los desencajes contractuales a través de instrumentos jurídicos consideradas el fondo de armario del Derecho civil (la fuerza mayor o la cláusula *rebus sic stantibus*), pero ya se ha percatado la doctrina de la debilidad de los mismos y la necesidad de repensar nuevas soluciones⁵. Morales Moreno considera que, en estos momentos, en relación con los contratos vivos, es el legislador quien debe adoptar medidas necesarias para distribuir los riesgos de esta pandemia y mitigar sus efectos desastrosos, pues definir la vulnerabilidad económica de un contratante es más tarea del legislador que de la apreciación de un juez. El legislador debe tomar estas medidas:

«con criterios de justicia distributiva, respetando los principios constitucionales sobre los que se asienta la contratación. La actuación del legislador debe estar orientada por dos principios: la conservación de los contratos y la protección de la parte vulnerable»⁶.

De la inmensa normativa promulgada, me centraré solo en la acción de resolución de contratos de compraventa de bienes y prestación de servicios. En concreto en el análisis del art. 36.1 y 2 del 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 (en adelante, RD-Ley 11/2020), con una breve referencia a la suspensión de plazos de prescripción y caducidad, y a la acción de desistimiento, pues se hará alusión a los mismos a lo largo del análisis del art. 36 RD-Ley 11/2020. Para situarnos en contexto, hay que recordar que España, decretó el estado de alarma del 14 de marzo de 2020 al 21 de junio de 2020 (con seis prórrogas), un total de 98 días, con un confinamiento que supuso una suspensión considerable de la actividad

⁵ Por eso se ha defendido la necesidad de una regulación específica (RODRÍGUEZ-ROSADO Y RUIZ ARRANZ, «Consecuencias de la epidemia...», *loc cit*, p. 1. Les resulta llamativo (y creo que nos tiene que hacer reflexionar) que países como Alemania, entre otros, que tienen regulada la alteración de las circunstancias en el § 313 BGB ha decidido dictar normas ad hoc o específicas para la crisis sanitaria).

⁶ MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», Editorial, ADC, 2020, t. 73, fasc. II, pp. 453-454. En ocho páginas, el autor, con una claridad ejemplar nos advierte de que «ninguno de los instrumentos, aplicados con el debido rigor, sirve para lo que exige esta situación, que es distribuir adecuadamente el impacto extraordinario de la pandemia en el conjunto de la sociedad, a través del entramado de relaciones existentes en ella. Las medidas que hay que adoptar van más allá de la consideración de cada contrato y deben estar inspiradas en principios de justicia distributiva, dentro del orden constitucional» (p. 448). También nos ilustra con pulcritud, CARRASCO PERERA, ÁNGEL, «Al fin la madre de todas las batallas del Covid-19: “Rebus sic stantibus”. Con ocasión de una reciente propuesta institucional», en *Derecho de los desastres: Covid-19*, Tomo II, Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2020, p. 1464, y en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 22 mayo 2020, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Al_fin_la_madre_de_todas_las_batallas_del_covid_19_-_rebus_sic_stantibus.pdf (en adelante solo se citará la primera obra), pp. 1471-1472, advierte certeramente que «en rigor, no puede defenderse en el contexto-COVID decisiones descentralizadas heterónomas. Si alguna instancia tiene que decidir por lo contratantes, que sea el legislador, creando para todos los afectados, condiciones homogéneas de competencia».

comercial y una limitación de movimiento de las personas. Y después ha vuelto con distinta dimensión y alcance.

2. SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Una de las primeras medidas generales que se tomaron con la declaración del estado de alarma fue la *suspensión* de plazos procesales, administrativos y la de los plazos de prescripción y caducidad durante todo el tiempo que durara el estado de alarma⁷. Se trata de una medida excepcional y razonable que afecta a las relaciones jurídicas creadas con anterioridad al 14 de marzo de 2020 y las que hayan podido surgir durante el estado de alarma⁸. En este sentido, la Disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante, RD-Ley 463/2020), decretó, con carácter general, la interrupción de los plazos de prescripción y caducidad de «cualesquiera» acciones y derechos: «Los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren». Esta norma repercute en los plazos del ejercicio de los derechos que legal o contractualmente corresponden a los consumidores. La norma afecta a todos los plazos de prescripción y caducidad previos y coetáneos al estado de alarma generando una paralización temporal (suspensión) de los mismos que afecta a su cómputo, excluyendo del cómputo el tiempo durante el cual se ha desarrollado la emergencia.

El Ministerio de Consumo ha ido publicando una serie de notas interpretativas de los derechos que asisten a los consumidores y usuarios que se irán viendo a lo

⁷ Muchas de las previsiones adoptadas, y una de ellas es esta, alteran la regulación de determinados contratos o afectan, en general, a las pretensiones derivadas de contratos vigentes. GÓMEZ LAGÜIRRE, «Fuerza mayor», *loc. cit.*, p. ii.

⁸ Es una medida absolutamente excepcional si tenemos en cuenta los arts. 1973 ss Cc. Estos preceptos regulan la *interrupción* de la prescripción lo que significa que el tiempo transcurrido hasta entonces no se computa (se inutiliza) y empieza a contarse de nuevo el plazo de prescripción. En cambio, la *suspensión* del plazo de prescripción supone una paralización temporal, un paréntesis, transcurrido el cual, el plazo debe continuar sin reiniciarse, es decir, continuando donde paró el cómputo. Nuestro ordenamiento no prevé la suspensión de la prescripción con carácter general (sí se prevé en el Código civil de Cataluña y en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra). Para más desarrollo, entre otros, vid. MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS, «¿Cómo se computan los plazos de prescripción y caducidad tras la suspensión de los plazos decretada durante el estado de alarma?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 20 junio 2020, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Como_se_computan_los_plazos_de_prescripcion_y_caducidad_tras_la_suspension_de_los_plazos_decretada_durante_el_estado_de_alarma.pdf, p. 2; o PEREA GONZÁLEZ, ÁLVARO, «Prescripción, caducidad y desistimiento en los contratos», en Enrique Sanjuán y Muñoz (coord.), *Contratos y negocios afectados por la normativa del Estado de alarma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 100-102. El autor considera que «el espíritu de la disposición adicional cuarta es salvaguardar la seguridad jurídica en su máxima expresión, creando una situación de stand by, estrictamente transitoria, después de la cual, los vértices contractuales deben conducirse temporalmente como si nada hubiera ocurrido».

largo de este trabajo. Respecto a la suspensión de los plazos ha afirmado lo siguiente:

«Durante la vigencia del estado de alarma o sus posibles prórrogas, se suspenden los plazos de prescripción y caducidad para el ejercicio de cualesquiera acciones o derechos (como el derecho a la resolución de los contratos, el derecho de desistimiento en los supuestos legalmente previstos o el derecho de garantía del consumidor y usuario en el supuesto de falta de conformidad, garantía legal o comercial, de los productos».

Menciona, precisamente como ejemplo, la resolución de los contratos, matizando que con ello «no se suspende la facultad de ejercicio de estos derechos, sino el plazo máximo para su ejercicio». Tendremos oportunidad de ver cómo afecta esta suspensión al art. 36 RD-Ley 11/2020 en siguientes epígrafes⁹.

Los plazos civiles que no constituyan prescripción o caducidad sino que sean fruto de un convenio entre las partes no quedan suspendidos por esta normativa, sin perjuicio de que la imposibilidad de desplazarse libremente durante el estado de alarma también les afecte¹⁰.

3. REPERCUSIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR Y USUARIO

Posteriormente a la suspensión de plazos señalada anteriormente, el art. 21 del Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (en adelante RD-Ley 8/2020) declaró la interrupción de los plazos para la devolución de productos que se adquieran en modalidad presencial o a través de internet durante la vigencia del estado de alarma. Añadiendo que «el cómputo de los plazos se reanuda en el momento en que

⁹ Nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)», de 21 de mayo 2020, disponible en <https://www.caib.es/govern/sac/fitxa.do?codi=4117883&coduo=11&lang=es> [fecha de consulta 22 diciembre 2020]. Curiosamente la nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)», de 2 de abril, disponible en <https://www.covb.cat/pdf/2020/coronavirus/2020-04%20-02-derechos-consumidores-covid-19.pdf> [fecha de consulta 9 diciembre 2020], afirmaba que los plazos se «interrumpían» en vez de «suspenderse». Al día siguiente se corrigió en Nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)», de 3 de abril de 2020, disponible en https://www.melilla.es/melillaPortal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_22957_1.pdf [fecha consulta 12 diciembre 2020].

¹⁰ CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M^a, «Cláusulas y vinculaciones contractuales», en Enrique Sanjuán y Muñoz (coord.), *Contratos y negocios afectados por la normativa del Estado de alarma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 225.

pierda vigencia el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de alarma o, en su caso, las prórrogas del mismo»¹¹.

El precepto alude al derecho de desistimiento (art. 68 TRLGDCU), es decir, al derecho a devolver productos y servicios en el plazo señalado por el vendedor (nunca inferior a 14 días) sin necesidad de alegar causa alguna¹². En este sentido, los consumidores no estarán obligados a ejercer el derecho de desistimiento durante la vigencia del estado de alarma respecto de los productos que hubieran adquirido antes de la declaración de tal estado cuando el plazo para el ejercicio de tal derecho expire durante su vigencia, ni tampoco respecto de los productos que adquieran durante dicho periodo.

GREGORACI FERNÁNDEZ, distingue la suspensión de los plazos a la que aludíamos en el epígrafe anterior con la interrupción del derecho de desistimiento ya ejercitado, poniendo en evidencia que cada una de las disposiciones opera en planos distintos:

«La DA 4ª del RD-Ley 463/2020 se aplica al plazo para ejercer el derecho de desistimiento reconocido al consumidor en el artículo 71 TRLGDCU, mientras que el artículo 21 RD-Ley 8/2020 se aplica al plazo que el artículo 108.1 TRLGDCU establece para que el consumidor proceda a la devolución de los bienes, una vez que ha ejercitado el derecho de desistimiento, plazo, este, que no es de ejercicio de una acción y que, por tanto, no estaría cubierto por las tantas veces citada DA 4ª»¹³.

REYES LÓPEZ, respecto a los riesgos durante el tiempo en que el producto esté en poder del consumidor por no haberlo podido devolver o por la merma o deterioro que pueda sufrir, considera que debe aplicarse el art. 75 TRLGDCU¹⁴.

4. DERECHO DE RESOLUCIÓN DE DETERMINADOS CONTRATOS SIN PENALIZACIÓN POR PARTE DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Es el RD-Ley 11/2020, el que contiene por primera vez una sección específica titulada «Medidas de protección de consumidores»¹⁵, compuesta por dos artículos:

¹¹ La precisión técnica del precepto no es muy buena pues se refiere a la interrupción de los plazos y añade que el cómputo de los plazos se «reanuda». Cuando los plazos se interrumpen se inicia de nuevo el cómputo del plazo completo cuando proceda. OLMO GARCÍA, PEDRO DEL, «Silencio, la prescripción duerme», *Almacén de Derecho*, 18 marzo 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/silencio-la-prescripcion-duerme>; MARÍN LÓPEZ, M.J., «¿Cómo se computan...», *loc cit*, p. 2.

¹² La Exposición de Motivos del RDL 8/2020 parece estar pensando únicamente en el ejercicio del derecho de desistimiento pues afirma que «dado que el derecho de desistimiento de los consumidores respecto de productos adquiridos suele estar sujeto a un límite temporal, se deben interrumpir los plazos de devolución para garantizar que puedan ejercerlo sin contravenir el Real Decreto 463/2020».

¹³ GREGORACI FERNÁNDEZ, BEATRIZ, «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *ADC*, 2020, vol. 73, nº 2, p. 480-481.

¹⁴ REYES LÓPEZ, «Las pretendidas medidas...», *loc cit*, p. 572.

- Uno (art. 36), dedicado al «Derecho de resolución de determinados contratos sin penalización por parte de consumidores y usuarios»¹⁶.

-Y otro (art. 37) dedicado a la restricción de comunicaciones comerciales referentes al juego.

Sin embargo, con el tiempo, la sección se desvanece poco a poco, pues el art. 37 está derogado¹⁷ y, en cuanto al art. 36 del RDL 11/2020, se modificó en poco tiempo varias veces¹⁸, en concreto por la Disposición final 10.5 del Real Decreto-ley 15/20 de 21 de

¹⁵ Los ordenamientos jurídicos europeos también han aprobado medidas de adaptación contractual, siendo las moratorias las más significativas. Las medidas son heterogéneas debido a la diversidad de los ordenamientos en materia contractual.

Así, solo a título de ejemplo, en Alemania, a parte de las disposiciones sobre préstamos, se han dictado normas específicas para la tutela de los consumidores y pequeñas empresas, a través de una moratoria *ope legis* de tres meses que deja en suspenso el cumplimiento de ciertos contratos si se encuentran en riesgo económico debido a la pandemia, aunque si la suspensión del contrato genera un perjuicio excesivo a la otra parte, no se atribuye la posibilidad de suspender el cumplimiento sino de resolver el contrato (Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, de 27 de marzo de 2020, en particular su art. 5). En Francia, las multas coercitivas, cláusulas penales, resolutorias, o que impliquen la pérdida de un derecho cuyo objeto sea sancionar el incumplimiento de una obligación durante el 12 de marzo al 23 junio, quedan temporalmente sin efecto hasta el 23 de julio (Ordennance n.º 2020-306 de 25 marzo y n. 2020-427 de 15 abril). Otros países han incluido normas específicas acerca del carácter de ley de policía de sus disposiciones (es el caso de Italia o Grecia). Para un estudio más detallado, DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, «Medidas de emergencia y contratos internacionales», *La Ley Unión Europea*, n.º 81, mayo 2020, o GOMEZ POMAR, FERNANDO, «Un primer análisis sobre los instrumentos para prevenir en los contratos en tiempos de COVID-19», en *Derecho de los desastres: Covid-19*, Tomo II, Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2020, p. 1432.; GENUZA, JUAN-JOSÉ Y GOMEZ POMAR, FERNANDO «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19, Guía de uso», *Indret*, 2.2020. Un estudio más profundo y detallado de derecho comparado puede encontrarse en la *Revista de Derecho civil*, vol. VII, n.º 2, 2020, disponible en: <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/issue/view/45/showToc>.

¹⁶ El precepto regula el ámbito de aplicación y los supuestos en los que procede la resolución contractual; los efectos de la resolución, cómo funciona la resolución en los contratos de tracto sucesivo y cómo resolver la adquisición de viajes combinados.

¹⁷ El precepto se deroga por la Disposición final 5.2 del Real Decreto-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 (en adelante, RD-Ley 21/2020). Recientemente, el Consejo de Ministros ha aprobado la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Regulación del Juego, que establece el marco regulador de las actividades de juego desarrolladas en el ámbito estatal a través de medios electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, con los objetivos de proporcionar mayor seguridad jurídica a todos los operadores del mercado y aumentar la protección sobre los usuarios de este tipo de servicios.

¹⁸El primer apartado del art. 36 originario establecía lo siguiente (lo señalado en cursiva es nuevo respecto a la anterior redacción): «Si como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma los contratos suscritos por los consumidores y usuarios, ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, resultasen de imposible cumplimiento, el consumidor y usuario tendrán derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días. La pretensión de resolución sólo podrá ser estimada cuando no quepa obtener de la propuesta o propuestas de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Las propuestas de revisión podrán abarcar, entre otras, el ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso. A estos efectos, se entenderá que no

abril de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo (en adelante RD-Ley 15/2020)¹⁹, y, posteriormente, en la Disposición final 5.1 del RD-Ley 21/2020. La confusión del precepto es evidente. El actual primer apartado del art. 36 RD-Ley 11/2020²⁰:

«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 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»²¹.

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

¹⁹ Según el RD-Ley 15/2020, el art. 36.1 afirmaba lo siguientes: «Si como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma los contratos suscritos por los consumidores y usuarios, ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, resultasen de imposible cumplimiento, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días *desde la imposible ejecución del mismo*. 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. 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».

²⁰ En los Diálogos para el futuro judicial, JESÚS M^a SÁNCHEZ GARCÍA, cuando se le pregunta sobre el escenario judicial de los pleitos de consumidores dentro de un año, ya advierte que un «foco de pleitos lo tendremos con las acciones derivadas del artículo 36 del RDL 11/2020» (PEREA GONZÁLEZ, ÁLVARO «Diálogos para el futuro judicial. III Cláusulas abusivas y litigación de consumo»; *Diario La ley*, n. 9632, Plan de choque de la Justicia / Encuesta, 14 mayo 2020).

²¹ España ha vivido circunstancias excepcionales a lo largo de su historia que afectaron al ámbito contractual. Así, destacan las leyes excepcionales dictadas después de la guerra civil, como la Ley de 5 de noviembre de 1940, sobre contratación en zona roja, que estableció causas de anulación y revisión para contratos celebrados durante la guerra «por excepción y respecto solamente de algunos contratos». Su art. Sexto afirma: «En los contratos de prestaciones recíprocas, el incumplimiento de la obligación lleva aparejados, a favor del que la cumplió, los derechos consignados en el artículo mil ciento veinticuatro del Código Civil; pero si quien incumplió su obligación probase que el motivo del incumplimiento fué su situación desventajosa en la zona roja, en términos suficientes a impedir o dificultar gravemente la

Como advierte la rúbrica del art. 36 RD-Ley 11/2020, regula el «derecho de resolución de determinados contratos sin penalización por parte de consumidores y usuarios». Se prevé una regulación especial para aquellos supuestos en los que el contrato de consumo resulte de imposible cumplimiento a causa de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma. Los supuestos son múltiples y variados, por ejemplo, contratos que no puedan llevarse a cabo por imposibilidad: un viaje programado, la reserva de un hotel o restaurante, acudir a una actividad cultural; o existen contratos en que pudiéndolos celebrar ha cesado el interés: la entrega de un pastel de cumpleaños; la entrega del vestido de novia o comunión; el encargo a una empresa de catering de una ceremonia que no se va a celebrar, etc. En concreto regula la posibilidad que tiene el consumidor de resolver el contrato si no se llega a un acuerdo sobre una prestación sustitutoria o adaptada a las nuevas circunstancias. En todo caso, es a este precepto, y no a otras normas -que podrían resolver también la cuestión: el propio art. 1124 CC o el TRLGDCU-, al que habrá de acudir, sobre la base de su excepcionalidad, en los casos en que se dé ese supuesto de hecho descrito²².

Según el precepto, el consumidor puede ejercitar la facultad resolutoria (también extrajudicialmente) dentro del plazo de 14 días desde el imposible cumplimiento por parte del empresario. Pero la resolución no se produce en ese momento, dado que, tras esa comunicación de resolución al empresario, empieza un período de 60 días en el que las partes tienen que intentar llegar a 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 la resolución. 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 resolutoria²³.

De la lectura de los enunciados del precepto y del propio título de la sección parece que nos encontramos ante un nuevo derecho de protección del consumidor y usuario generado por la crisis sanitaria. Pero lo que realmente regula es la paralización durante 60 días de la posibilidad de resolver el contrato por parte del consumidor y obtener así la devolución del precio que pagó por el producto o servicio. Puede observarse como una manera de compartir las pérdidas ocasionadas por las resoluciones contractuales

prestación a que se hallaba obligado, podrá oponerse a la resolución del contrato, quedando en todo caso exento de la obligación de indemnizar».

²² ÁLVAREZ LATA, NATALIA, «¿Está el consumidor obligado a aceptar una oferta alternativa razonable?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020, Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/3._NATALIA_ALVAREZ_LATA_-_Esta_el_consumidor_obligado_a_aceptar_una_oferta_alternativa_razonable.pdf, p. 1.

²³ MARÍN LOPEZ, MANUEL JESÚS, «Resolver el contrato para después tener que negociar (art. 36 RD Ley 11/2020)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020, disponible en: [http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/22._MANUEL_JESUS_MARÍN_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), pp 1 y 2.

que se generen entre las partes: el consumidor podrá resolver, pero otorgando una moratoria al empresario de dos meses.

Como advierte ÁLVAREZ LATA, lo que hace esta norma -a través de criterios traídos de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, como se verá posteriormente- es suspender la facultad de resolución del consumidor durante el plazo de sesenta días, supeditándola a la existencia de una propuesta de revisión y obligando, por tanto, al consumidor a que reconsidere la conveniencia de una prestación alternativa razonable de cumplimiento para conservar el contrato. La norma apuesta claramente por el principio de conservación del contrato²⁴.

Aunque la sección se titule «Medidas de protección de consumidores», la finalidad o intención de la norma es proteger al empresario que al finalizar el estado de alarma puede verse demandado por consumidores y usuarios reclamando la devolución del precio. Quiere protegerse al empresario para que no tenga que restituir de golpe todas las cantidades recibidas debido al imposible cumplimiento a causa de las medidas existentes en el país, reteniendo las cantidades que pagó el consumidor durante los 60 días de negociación²⁵. La crisis económica consecuencia de la sanitaria ha debilitado a la mayoría de los empresarios y con esta norma se reparten las consecuencias²⁶.

²⁴ ÁLVAREZ LATA, «¿Está el consumidor obligado...?», *loc cit*, p. 2; en sentido similar VALIÑO, Alejandro, «Algunos efectos de la declaración del estado de alarma en el ámbito del deporte», *Diario La Ley*, nº 9622, 28 abril 2020, p. 4.

²⁵ Entre otros, así lo interpretan, MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: El art. 36 del RD-Ley 11/2020», *RDC*, vol VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020), p. 4; en el mismo sentido en «Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-Ley 11/2020», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 11 abril 2020, disponible en: http://consumo.castillalamancha.es/sites/consumo.castillalamancha.es/files/2020-04/Efectos_del_COVID-19_en_los_contratos_con_consumidores_-_el_art_36_del_RD-ley_112020_0.pdf, p. 3; o en «Derechos del consumidor por incumplimiento del empresario a causa del COVID-19», en Raquel Luquín Bergareche (Dir.), *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Madrid, ed. Wolters Kluwer, septiembre 2020, p. 57; o MARTÍNEZ GÓMEZ, SHEILA, «¿Y si todavía no pagaste al proveedor cuando ya no puedes resolver conforme al art. 36.1 RD-Ley 11/2020?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020, 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, p. 2; GONZÁLEZ FERNÁNDEZ FERNANDO, «Aspectos prácticos derivados de la cancelación de eventos culturales durante la pandemia», *Diario la Ley*, n. 9648, 8 junio 2020, p. 1; SERRA I CAMÚS, M., «Efectes de la covid-19 sobre els contractes civils. cas fortuït, impossibilitat de compliment i clàusula rebus sic stantibus (part primera)», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2-2020, p. 337. GOMEZ POMAR, «Un primer análisis...», *loc cit*, pp. 1449.; GENUZA Y GOMEZ POMAR «Los instrumentos...», *loc cit*, p. 574, refiriéndose a los viajes combinados, pero extensible al art. 36 RDL 11/2020, considera que «los riesgos en una situación de emergencia como la actual consisten en que la acumulación de estas cancelaciones y solicitudes de reembolso, aunque previsiblemente pequeñas en medida, en términos agregados pueden representar un serio problema de liquidez y acaso hasta de solvencia para el operador turístico o de transporte».

²⁶ PIZARRO WILSON, CARLOS, «El “hecho del príncipe” como circunstancia sobreviniente durante la ejecución de los contratos», en *Derecho de los desastres: Covid-19*, Tomo II, Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2020, p. 1128, con la perspectiva que le da la distancia, nos

Hubiera sido mejor titular la sección como «Medidas de protección económica en contratos con consumidores».

El artículo no ha estado ausente de críticas por considerarse redundante e innecesario²⁷. La mezcla de la complejidad de la materia y la redacción del precepto, dificultan la comprensión del mismo.

4.1. *El ámbito de aplicación del art. 36.1 RD-L 11/2020*

La norma se aplica a los contratos, «ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo», celebrados entre consumidores y usuarios y empresarios antes o durante el estado de alarma o durante las fases de desescalada y nueva normalidad²⁸. Por tanto, la regla se aplica a todo tipo de contrato, tanto de compraventa de bienes, como de prestación de servicios, sean de trato único o sucesivo, y de larga o corta duración²⁹.

El hecho que el apartado primero del art. 36 incluya expresamente a las relaciones de tracto sucesivo en la regulación de la facultad de resolución se ha criticado: los indefinidos porque pueden resolverse «ad nutum» en cualquier momento; y los

advierte que «son políticas públicas para evitar el colapso económico, pero que van contra el Derecho común de los contratos. Lo relevante desde el punto de vista de los contratos no es el Covid-19, sino los actos de autoridad que afectan su ejecución. Los contratos no se contagian, los contratos no se han podido cumplir o se han cumplido de manera distinta o tardía».

²⁷ GARCÍA RUBIO, M^a PAZ, «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del covid-19 en España». RDC, vol. VII, n. 2, especial (mayo 2020), p. 37. Nos recuerda que esta facultad resolutoria «le corresponde al contratante cumplidor o que está dispuesto a cumplir frente al otro que no cumple, bien sea porque no quiere o porque no puede; por tanto, para gozar de la facultad resolutoria no es preciso que el incumplimiento sea imputable a la otra parte».

Considera innecesaria la norma, pues el art. 1124 Cc ya prevé la facultad de resolver durante el plazo general de prescripción de las acciones personales, entre otros, MOLL DE ALBA LACUVE, CHANTAL, conferencia on line en la webinar: «Aspectos sustantivos y procesales del derecho de resolución de los contratos con consumidores y usuarios regulado en el art. 36 del RDL 11/2020», ICAB, 7 mayo 2020. Disponible en: <https://www.icab.es/ca/formacio/cursos/Conferencia-on-line-Aspectes-substantius-i-processals-del-dret-de-resolucio-dels-contractes-amb-consumidors-i-usuaris-que-regula-larticle-36-del-RDL-11-2020/>

Tampoco han faltado críticas a su difícil comprensión y a su falta de técnica legislativa, pues contempla diferentes supuestos, siendo la cuestión general la relativa a regular cómo afecta a los distintos tipos de contratos, la situación producida por el covid-19, la declaración del estado de alarma y la consiguiente suspensión de actividades (CAÑIZARES LASO, «La aplicación...», *loc cit*, p. 90; MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 5, o en «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 3 y 4, o en «Derechos del consumidor...», *loc cit*, p. 58, critica el precepto por su difícil interpretación y falta de precisión, defendiendo una interpretación restrictiva por ser un precepto excepcional y por el principio *pro consumatore*.

²⁸ Sobre la aplicación temporal del art. 36 RD-Ley 11/2020 vid MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 32; «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 22.

²⁹ CAÑIZARES LASO, «La aplicación...», *loc cit*, p. 90.

contratos de duración determinada porque el usuario no debe poder resolverlos «para el futuro», sino solo suspender sus efectos mientras perdura la imposibilidad³⁰.

Se solicitó a la Abogacía del Estado una interpretación del art. 36 RD-Ley 11/2020 y amparándose en la excepcionalidad de la norma defiende una interpretación restrictiva. En este sentido, consideró que el derecho de resolución no operará en todos los contratos afectados por las medidas adoptadas como consecuencia de la declaración del estado de alarma, «sino únicamente en aquellos contratos afectados por tales medidas y cuyo cumplimiento haya devenido imposible»³¹. Añade que el precepto se refiere solo «a los contratos de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo». Y la propia rúbrica del art. 36 advierte que regula el derecho de resolución de «*determinados* contratos» sin penalización por parte de los consumidores y usuarios. Bueno es recordar el art. 4.2 Cc: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

En cuanto al ámbito subjetivo la norma se aplica a las relaciones contractuales entabladas entre consumidores y usuarios y empresarios³². La contratación entre

³⁰ Por esta circunstancia ÁLVAREZ OLALLA, M^a DEL PILAR., «No me cobrarás devengos futuros de contratos de tracto sucesivo. ¿tengo que haber resuelto antes?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/4._PILAR_ALVAREZ_OLALLA_-_No_me_cobraras_devengos_futuros_de_contratos_de_tracto_sucesivo.pdf, p. 2 y 3, considera que el precepto no debería haberse regulado para los contratos de tracto sucesivo.

³¹ Cuando se aprobó la primera versión del art. 36, se solicitó a la Abogacía General del Estado su interpretación. Se emitió una nota al proyecto de Real decreto 11/2020 el 6 abril 2020. http://consumo.castillalamancha.es/sites/consumo.castillalamancha.es/files/2020-04/AE%20art%2036%20RD%2011-2020_0.pdf. [fecha de consulta 11 diciembre 2020]. Posteriormente se fueron publicando notas interpretativas desde la Secretaría General de Consumo y juego sobre «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)», que se irán viendo a lo largo del trabajo.

MARÍN LÓPEZ, M.J., es partidario de expandir el régimen del art. 36.1 a todos los contratos celebrados con consumidores y usuarios, sea cual sea su naturaleza y denominación, por ejemplo, contrato de transporte: aviones trenes, etc. MARÍN LÓPEZ, M.J., en conferencia on line en la webinar: «Aspectos sustantivos y procesales del derecho de resolución de los contratos con consumidores y usuarios regulado en el art. 36 del RDL 11/2020», ICAB, 7 mayo 2020. Disponible en: <https://www.icab.es/ca/formacio/cursos/Conferencia-on-line-Aspectes-substantius-i-processals-del-dret-de-resolucio-dels-contractes-amb-consumidors-i-usuaris-que-regula-larticle-36-del-RDL-11-2020/>, en el mismo sentido en «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 7; «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 5; o en «Derechos del consumidor...», *loc cit*, p. 59. Le sigue RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO, «Conflictos que se avecinan entre consumidores y empresarios por razón de una deficiente intervención legislativa», en *COVID-19: Guía práctica sobre los derechos de los consumidores durante el estado de alarma*, Madrid, Biblioteca on line Sepin, abril 2020, p. 2. En contra, PELÁEZ SANZ, FRANCISCO, conferencia on line, en la webinar: «Aspectos sustantivos y procesales del derecho de resolución de los contratos con consumidores y usuarios regulado en el art. 36 del RDL 11/2020», ICAB, 7 mayo 2020. Disponible en: <https://www.icab.es/ca/formacio/cursos/Conferencia-on-line-Aspectes-substantius-i-processals-del-dret-de-resolucio-dels-contractes-amb-consumidors-i-usuaris-que-regula-larticle-36-del-RDL-11-2020/>.

³² MARÍN LÓPEZ, M.J., «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 8: «corresponde al consumidor la carga de probar que el empresario ha incumplido el contrato. E incumbe al empresario, si quiere que se aplique el

particulares parece quedar excluida, y no hay que olvidar que las ventas on line entre particulares en plataformas específicas para ello, o presenciales entre particulares, o la contratación o consumo colaborativo, son cada vez más significativas y relevantes y se han visto afectadas también por las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria. A estos contratos, salvo pacto entre las partes, se aplicarán las normas generales del Código civil³³.

Respecto al ámbito objetivo el art. 36 alude a la «compraventa de bienes o de prestación de servicios». La alusión a los «bienes» puede generar la duda de si se incluyen en el precepto los bienes inmuebles. Consideramos que está pensando en «productos y servicios» según la normativa de consumidores y usuarios³⁴.

4.2. Causas que motivan el «imposible cumplimiento» y resolución contractual

art. 36 RD-Ley 11/2020, la carga de probar que ese incumplimiento es consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma».

³³ Sobre el tema y sus repercusiones legales, CASASOLA DÍAZ, «Cláusulas...», *loc cit*, p. 224-231, quien considera que en estos casos habrá que estar a lo pactado entre las partes. En contratos entre particulares o entre empresarios considera que deben acudir al supuesto de fuerza mayor (art. 1105 Cc) o a la cláusula rebus. Señala que, en la contratación entre particulares, en el contrato de compraventa de un bien en que el tiempo y el lugar no resulte esencial, si la cosa no se ha perdido o la posibilidad de satisfacer el precio no se ha frustrado, el contrato se perfeccionará cuando sea posible (salvo que se ejerza el derecho de desistimiento). Y si el objeto del contrato resulta imposible de entregar o los elementos de tiempo y lugar sean determinantes, siendo la resolución la única solución, deberá estarse a lo pactado por las partes o en su defecto al art. 1124 Cc si las obligaciones son recíprocas (p. 227).

En el mismo sentido, LÓPEZ-DÁVILA AGÜEROS, FÉLIX, «Compraventa de un inmueble por un consumidor y aplicación del art. 36 del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo», disponible en <https://blog.sepin.es/2020/04/compraventa-inmueble-consumidor-y-aplicacion-del-art-36-del-rd-ley-11-2020-de-31-de-marzo/> [fecha consulta 11 diciembre 2020], p. 2.

³⁴ YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, en el chat a la entrada de RODRIGUEZ-ROSADO y RUIZ ARRANZ, «Consecuencias de la epidemia...», *loc cit*, comenta lo distinto que sería el precepto si en vez de los contratos suscritos por los consumidores y usuarios, ya sean de compraventa de BIENES, o de prestación de servicios se refiriera a «los contratos suscritos por los consumidores y usuarios, ya sean de compraventa de PRODUCTOS o de prestación de servicios», pues al referirse a «bienes», «ya se está dando el caso de compradores de viviendas que se quieren amparar en el art. 36 para, con visión bastante oportunista, esperar a que los precios de las viviendas comiencen a bajar (cosa que a buen seguro va a ocurrir), aprovechando la coyuntura para tratar de justificar la resolución de una compraventa de inmueble». Pero añade que a pesar de la ambigüedad del art. 36, «hay que pensar que este artículo está pensado exclusivamente para productos (y servicios, claro) entendiendo por tal el concepto que da la normativa de consumidores y usuarios».

También se plantea esta cuestión REYES LÓPEZ, «Las pretendidas medidas...», *loc cit*, p. 574. Considera que es más apropiado referirse a «productos» en vez de «bienes» en coherencia con la normativa de protección del consumidor. Referirse a «bienes», le genera la duda de saber si se incorporan los bienes inmuebles y la consiguiente falta de cumplimiento en la venta de pisos, cuya entrega, falta de ejecución de ciertas prestaciones se hayan generado como consecuencia de la parálisis generada por el Covid-19.

MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 7; «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 5 y «Derechos del consumidor...», *loc cit*, p. 59, en cambio, es partidario de aplicar el art. 36.1 en las compraventas de bienes muebles e inmuebles y en la prestación de servicios de cualquier clase. También a favor de aplicar la norma a la compraventa de bienes inmuebles LÓPEZ-DÁVILA AGÜEROS, FÉLIX, «Compraventa de un inmueble...», *loc cit*, p. 2.

El art. 36.1 RD-L 11/2020 otorga al consumidor la posibilidad de solicitar la resolución del contrato en el plazo de 14 días en el caso de que sea imposible cumplir por parte del empresario por las medidas vigentes adoptadas por el estado de alarma³⁵. Este plazo de 14 días se inicia desde el momento de la imposibilidad de ejecución del contrato por parte del empresario, «siempre que se mantenga la vigencia de las medidas adoptadas que hayan motivado la imposibilidad de su cumplimiento» (esto nos advierte la excepcionalidad). Además, como ya hemos señalado y se verá, la necesidad de negociar es esencial para llegar a la resolución. En otras palabras, la norma dice lo siguiente: el consumidor en un plazo de 14 días debe advertir al empresario de que, si no se revisa el contrato, lo resolverá³⁶.

El precepto se centra en la resolución de los contratos de «imposible cumplimiento». La solución a estos problemas ya nos lo da el Código civil o la normativa sobre consumidores, por lo que no sería necesario el art. 36 RD-Ley 11/2020³⁷. Sin embargo, el art. 36 es una norma excepcional para unos tiempos excepcionales. Pretende incidir en los intereses de la economía nacional, equilibrar los riesgos económicos y conceder al empresario un margen de tiempo para realizar el reembolso. Pero si observamos el Código civil vemos que se centra en la resolución por incumplimiento y apenas se aborda la imposibilidad sobrevenida, que también es causa de resolución conforme a la jurisprudencia. Por eso, quizás el precepto no es totalmente superfluo, pues parece que se está regulando, por primera vez, la imposibilidad sobrevenida considerándola como una causa de resolución contractual distinta del incumplimiento.

La imposibilidad sobrevenida de la prestación es aquel hecho o circunstancia que obstaculiza el normal desenvolvimiento del deber de prestación programado, siendo imposible su ejecución o disminuyendo considerablemente la utilidad que su cumplimiento pueda ya tener para el acreedor. Según las reglas generales la imposibilidad sobrevenida de la prestación ocasionada por causa fortuita y no

³⁵ Según MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 8; «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 5, aportando diversos ejemplos, considera que la obligación que incumple el empresario puede ser de cualquier tipo, dependerá del contrato en cuestión, por lo que puede ser una obligación de dar, hacer o no hacer.

³⁶ CAÑIZARES LASO, «La aplicación...», *loc cit*, p. 91, añade: «Parece estar regulando un supuesto de negociación del contrato como consecuencia de la alteración sobrevenida de las circunstancias al señalar a continuación que esa pretensión de resolución solo podrá ser estimada cuando no quepa la solución de negociación que restaure la reciprocidad de intereses», constatando que se trata del art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos elaborado por la Comisión General de Codificación.

³⁷ RIBÓN SEISDEDOS, «Conflictos que se avecinan», *loc cit*, p. 2, considera que con los principios generales del Cc y ley de consumidores «teníamos más que de sobra para solventar los conflictos que indefectiblemente se hubieran producido a raíz de la pandemia del COVID-19», añadiendo que «si el contrato no se ha podido cumplir a causa de la excepcional situación que vivimos, o se propone por el empresario al consumidor el cumplimiento tardío en aquellos casos en que sea posible -con el estímulo empresarial que se considere adecuado para su persuasión- y el consumidor acepta, o, hay que proceder al reintegro de las cantidades abonadas, sin que ello pueda conllevar aparejado la exigencia de otros daños y perjuicios por el consumidor habida cuenta de la causa de incumplimiento ajena al empresario».

imputable al deudor cuando es definitiva permitirá la resolución de la obligación. Esta circunstancia sobrevenida que imposibilita el cumplimiento es otro de los supuestos no previstos en el art. 1156 Cc como causa de extinción de la relación obligatoria. Sin embargo, el efecto liberatorio para el deudor sólo se producirá cuando la imposibilidad de ejecutar la prestación no sea imputable al deudor. La imposibilidad sobrevenida de la prestación se encuentra prevista, básicamente en nuestro Cc, para las obligaciones de dar, ajustándose al régimen de la pérdida de la cosa debida (1182 Cc). En las obligaciones de hacer, el régimen de la imposibilidad sobrevenida obliga a tener en cuenta los hechos obstativos propios de este tipo de obligaciones (imposibilidad jurídica, técnica, física...).

En el análisis del art. 36 RD-Ley 11/2020, cuando se ha abordado el tema por parte de la doctrina, las interpretaciones no han sido coincidentes. Por una parte, MARÍN LÓPEZ afirma que, aunque la literalidad de la nueva norma nos puede hacer entender que el consumidor puede resolver si se produce un simple incumplimiento del empresario, no es así. No se crea un nuevo derecho a resolver, sino que el consumidor podrá resolver cuando así proceda conforme a las normas que resulten de aplicación. Es decir, el consumidor podrá resolver el contrato si realmente se cumplen las reglas generales de la resolución contractual del Código civil (art. 1124 Cc) o las reglas establecidas en la regulación de dichos contratos en particular. Inicialmente la posibilidad de resolver ya la tiene³⁸.

Por su parte, GARCÍA RUBIO, es partidaria de que el art. 36 RD-Ley 11/2020 está pensando en la imposibilidad de cumplir (o en la excesiva onerosidad del cumplimiento) como consecuencia del estado de alarma, y que el incumplimiento del empresario no es por falta de conformidad en los términos del TRLGDCU, ni otro cualquiera de los regulados en este cuerpo legal³⁹.

³⁸ MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 15; «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 11; «Derechos del consumidor...», *loc cit*, p. 64, o en conferencia on line: «Aspectos sustantivos y procesales...», *loc cit*, Así, a título de ejemplo, afirma que, si el vendedor entrega un bien con una falta de conformidad, el consumidor antes de poder solicitar la resolución contractual deberá solicitar los remedios de la reparación o sustitución del bien, tal como le exige la legislación de consumidores (art. 121 TRLGDCU). No podrá pedir directamente la resolución por mucho estado de alarma que exista. O «Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato» (art. 66.2 bis TRLGDCU). Y acaba afirmando que fuera de estos casos en los que existen reglas particulares sobre la resolución contractual, habrá que acudir al 1124 Cc. Señala el autor que lo que la norma nos dice es 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». Le sigue SERRA I CAMÚS, MIQUEL, «Efectes de la covid-19...», *loc cit*, p.337.

³⁹ GARCIA RUBIO, «Medidas regladas...», *loc cit*, nota 64. Pone en evidencia que el precepto es redundante, pues en virtud del art. 1124 Cc, ante el incumplimiento (esencial) de una parte de cualquier contrato sinalagmático, la otra parte puede ejercitar la facultad de resolver el contrato dentro del plazo de prescripción de las acciones personales.

El motivo por el cual se puede resolver es el «imposible cumplimiento» cuya razón de ser son las medidas adoptadas por las autoridades durante un tiempo determinados (durante la vigencia del estado de alarma o durante las fases de desescalada o nueva normalidad⁴⁰). Son impedimentos ajenos al deudor, fuera de la esfera de su control y es imposible evitarlo. El empresario quiere cumplir, pero las medidas estatales decretadas (*factum principis*), le impiden abrir su negocio, impiden el desplazamiento, impiden adquirir materias primas, etc.; es decir, no puede cumplir⁴¹.

En el art. 36 RD-Ley 11/2020 el impedimento, el obstáculo de la prestación o del pleno logro satisfactorio de la misma, obedece a un hecho fortuito, inevitable e imprevisible, que no puede imputarse a ninguna de las partes y no permite, por tanto, exigir responsabilidad. Es una imposibilidad sobrevenida de la prestación que a su vez puede ser definitiva o temporal. Y si el impedimento se debe a las medidas legales adoptadas⁴², el art. 36 no ampararía la imposibilidad ajena a dichas medidas, por

En sentido similar RIBÓN SEISDEDOS, «Conflictos que se avecinan», *loc cit*, p. 2, considera que con los principios generales del Cc y ley de consumidores «teníamos más que de sobra para solventar los conflictos que indefectiblemente se hubieran producido a raíz de la pandemia del COVID-19», añadiendo que «si el contrato no se ha podido cumplir a causa de la excepcional situación que vivimos, o se propone por el empresario al consumidor el cumplimiento tardío en aquellos casos en que sea posible - con el estímulo empresarial que se considere adecuado para su persuasión- y el consumidor acepta, o, hay que proceder al reintegro de las cantidades abonadas, sin que ello pueda conllevar aparejado la exigencia de otros daños y perjuicios por el consumidor habida cuenta de la causa de incumplimiento ajena al empresario».

⁴⁰ Por eso advierte MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 10; «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 7, que el art. 36 no se aplica cuando el incumplimiento, aun siendo por caso fortuito o fuerza mayor, obedece a causas anteriores al 14 de marzo de 2020. En cambio, sí se aplica a contratos que traigan causa en las medidas adoptadas durante el estado de alarma, fase de desescalada o nueva normalidad, siendo intrascendente la fecha en que el incumplimiento se produzca.

En la primera versión del art. 36 solo se hacía referencia a las medidas tomadas durante la vigencia del estado de alarma. Posteriormente, en virtud del RD-Ley 21/2020 se añadió las medidas adoptadas «durante las fases de desescalada o nueva normalidad».

La nueva normalidad parece hacer referencia «a una situación en la que lo habitual u ordinario no será lo mismo que en la situación previa. Es decir, una normalidad diferente a la que conocíamos (...). Se refiere a la situación futura, en la que una vez desaparecidas muchas de las medidas excepcionales (como el confinamiento o el cierre de los establecimientos), se mantendrán otras (como el uso de mascarillas, el establecimiento de aforos reducidos...) hasta que el desarrollo de una vacuna permita volver a la normalidad tal como se entendía antes del inicio de la pandemia». Es una expresión que se popularizó en inglés (*new normal*), tras el escenario surgido tras la crisis del 2008; y en España ya se usó en los años 70 para hacer referencia a la nueva normalidad democrática que empezaba a vivirse en España. LASCURÁIN, JAVIER, «¿La nueva normalidad?», *El Blog de la FundeuRAE*, 6 mayo 2020, disponible en: <https://www.fundeu.es/blog/nueva-normalidad/> [fecha de consulta 8 diciembre 2020].

⁴¹ Si la fuerza mayor es una situación que puede incidir en la ejecución del contrato por ser inusual y calamitosa, parece que la pandemia encaja en la descripción. La fuerza mayor se asocia al incumplimiento de un contrato por imposibilidad sobrevenida de la prestación (el art. 1105 Cc se ubica en sede de incumplimiento de los contratos), siendo imposible de controlar. Vid. SERRA I CAMÚS, «Efectes de la covid-19...», *loc cit*, p. 46.

⁴² MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 9; «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 6. GÓMEZ LIGÜERRE, «Fuerza mayor», *loc cit*, p. i, considera que con la pandemia estamos ante un supuesto de fuerza mayor, «si se prefiere, ante una situación de emergencia que provoca un estado de fuerza mayor y la adopción de medidas (sobre todo, prohibitivas) que impiden el cumplimiento normal

ejemplo, el robo o incendio en el establecimiento del vendedor⁴³. El precepto tampoco está pensando en las prestaciones de servicios que puedan seguir prestándose *on line*, si con ello se cumple también el fin del contrato y proporciona una utilidad razonable y objetivamente esperable al consumidor⁴⁴. Y si la imposibilidad es temporal, en los contratos de tracto sucesivo, el art. 36.3 permite suspender el pago del precio, mientras dure dicha imposibilidad⁴⁵.

Se defiende que la existencia de fuerza mayor exonera del deber de indemnizar, pero no extingue necesariamente el contrato, sino que se mantiene la obligación del deudor de adoptar las medidas necesarias para limitar los efectos del daño en el interés del acreedor⁴⁶. El empresario queda liberado del cumplimiento de su obligación y exonerado de la obligación de indemnizar. Y el consumidor y usuario, dado que no se ha extinguido la obligación, no podrá exigir el cumplimiento específico que se ha hecho imposible por fuerza mayor, ni podrá pedir una indemnización, pero las causas de

de los contratos. En todo caso, la crisis tiene dimensiones tan gigantescas que es irrelevante debatir si se trata de un supuesto previsible pero inevitable o evitable pero imprevisible».

GREGORACI FERNÁNDEZ, BEATRIZ, «Covid-19 y Derecho de contratos», Almacén de derecho, Julio 8, 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/covid-19-y-derecho-de-contratos>, p. 1 y 2, considera que «la pandemia en sí no es la fuerza mayor ni la fuerza mayor es la institución que procede aplicar en todos los contratos. [...] lo que en su caso y en cada contrato podrá llegar a constituir fuerza mayor serán las medidas concretas adoptadas como consecuencia de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia, pero no la pandemia en sí».

⁴³MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 9 y 10; «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 6, o en «Derechos del consumidor...», *loc cit*, p. 60. BERMÚDEZ BALLESTEROS. M^a DEL SAGRARIO., «Qué ha sido de las comuniones de mayo?» *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020 Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/6._SAGRARIO_BERMUDEZ_BALLESTEROS_-_Que_ha_sido_de_las_comuniones_de_mayo.pdf, p. 3, considera que «sólo tendrán cabida en la norma los incumplimientos fortuitos relacionados directamente con el sinalagma contractual, que impidan a cada parte ejecutar la prestación a que esté obligada (ej.: sí se cubrirá por la norma el incumplimiento de entrega el vestido de comunión como consecuencia del cierre del establecimiento decretado (art. 10 RD 462/2020), o que como consecuencia del cierre del establecimiento no se hayan podido realizar pruebas o ajustes en el vestido de comunión que, al entregarlo, resulta ser no conforme; no se cubrirá por la norma la no entrega del vestido porque una de las costureras del establecimiento está enferma o ha fallecido por coronavirus)».

⁴⁴DÍEZ GARCÍA, HELENA, «¿Y si el servicio contratado se sigue prestando o puede o debe seguir prestandose de forma online durante el estado de alarma ¿Se aplica el art. 36 RD-Ley 11/2020?» *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 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; p. 1.

⁴⁵ GARCÍA RUBIO, «Medidas reguladas...», *loc cit*, p. 40.

⁴⁶ Como afirman JEREZ, KUBICA Y RUDA, «Covid-19, fuerza mayor y contrato...», *loc cit*, pp. 1480 y 1483. Advierten que «la fuerza mayor no conduce a la necesaria extinción de la relación jurídica contractual. Sería un error considerar que la apreciación de fuerza mayor supusiera la automática resolución del contrato, o la automática rebaja del precio, o la automática suspensión del propio cumplimiento. Estos remedios perviven y el acreedor puede acudir a ellos para reequilibrar las prestaciones del contrato, readaptándolo. Distinto es el caso de la frustración del fin del contrato».

exoneración no limitan la aplicación del resto de remedios como es la resolución y la consiguiente restitución de prestaciones⁴⁷.

Ahora bien, como nos indican JEREZ, KUBICA Y RUDA:

«Si, como consecuencia de las mismas circunstancias que generaron la fuerza mayor, se diera una situación en la que cabe hablar de pérdida de las expectativas esenciales de las partes en el contrato, estas quedan obligadas a buscar un reequilibrio de las prestaciones [...] que salve en lo posible el fin contractual. Pero entonces salimos del ámbito estricto de la fuerza mayor, como causa de exoneración de responsabilidad por el incumplimiento, y entramos en la alteración sobrevenida de las circunstancias o incluso en la frustración del fin contractual si el contrato quedase vacío de contenido o la renegociación resultase infructuosa»⁴⁸.

La resolución procederá si se prueba que las medidas tomadas para hacer frente a la crisis sanitaria han generado una imposibilidad de cumplimiento definitiva (hay un término esencial, por ejemplo), o si se ha frustrado el fin contractual (se ha comprado un vestido para un evento que no se puede celebrar), o si la prolongación en el tiempo de dichas medidas conlleva una excesiva onerosidad para una de las partes y, a pesar de negociar, no se ha llegado a un acuerdo. La exoneración de responsabilidad del deudor surgirá desde el momento que se pruebe la imposibilidad de cumplir debido a las medidas decretadas estatalmente, aunque lo deseable sería que cuando cesara el impedimento se cumpliera la prestación si fuera posible.

Esta interpretación absorbente del incumplimiento nos acerca al concepto unitario del incumplimiento del actual Derecho europeo, inspirado en la regulación de la Convención de Viena de 1980. Y como nos enseña MORALES MORENO:

«En el sistema de responsabilidad contractual hay incumplimiento en casos de imposibilidad inicial no imputable al deudor, si queda insatisfecho el interés del acreedor. Las posibles diferencias entre el incumplimiento voluntario y el fortuito no se encuentran consideradas en el supuesto general de incumplimiento; pueden aparecer

⁴⁷ Importantes en este campo, el art. 79 de la Convención de Viena o el art. 8:108 PECL. Sobre el incumplimiento causado por fuerza mayor durante la pandemia y la defensa de que el caso fortuito no elimina el incumplimiento contractual de quien lo padece (aunque advierten de sus excepciones como el supuesto de entrega de cosa cierta en cuyo caso el caso fortuito extingue la obligación), vid. DE LA MAZA, IÑIGO, Y VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, «Los efectos del incumplimiento contractual causado por caso fortuito en tiempos de pandemia COVID-19», *RDC*, vol. VII, nº 3 (abril-junio 2020), Ensayos, p. 123 ss. Parten de un concepto amplio y neutro de incumplimiento y por ello la existencia de «caso fortuito» no elimina el incumplimiento contractual de quien lo padece, pues la imputabilidad no es un requisito del incumplimiento en general. Caben, sin embargo, excepciones: obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, pues en ellas la fuerza mayor permanente extingue la obligación (p. 133). Basándose en el art. 79 de la Convención de Viena, manifiestan que respecto a la ejecución específica el caso fortuito puede ser de carácter transitorio o definitivo. «Si es de carácter transitorio entonces la posibilidad de solicitarla se suspende mientras las consecuencias sigan siendo irresistibles. Si el caso fortuito es de carácter definitivo [...], el deudor se libera de la obligación de cumplir [...] sin embargo la obligación no se extingue» (p. 155).

⁴⁸ JEREZ, KUBICA Y RUDA, «Covid-19, fuerza mayor y contrato...», *loc cit*, p. 1482.

en el supuesto especial de aplicación de alguno de los remedios (así, por ejemplo, en el remedio de la indemnización)»⁴⁹.

Sin embargo, retomando nuestro tema, hay que intentar mantener el contrato. La posibilidad de resolver el contrato por imposible cumplimiento, provocará consecuencias nada deseables económicamente, pues exige restituciones en cadena debilitando la liquidez y solvencia de una de las partes. En los *ELI Principles for the Covid-19 crisis, 2020*⁵⁰, se advierte que los Estados tienen que asegurarse de que las reglas sobre la imposibilidad o fuerza mayor se apliquen de modo efectivo y se alcancen soluciones razonables (Principio 13). Y en este sentido, Morales Moreno considera que la fuerza mayor no es una solución deseable por sus consecuencias y añade que:

«la resolución del contrato por incumplimiento, medida de estricta justicia conmutativa diseñada para situaciones ordinarias, es inadecuada en las actuales circunstancias en las que hay que preservar la supervivencia de los contratos. El legislador, por tanto, debe contribuir a evitarla»⁵¹.

Nuestro TS prefirió acogerse a la suspensión del contrato en una situación de fuerza mayor como fue la Guerra civil española. La STS 13 junio 1944 resolvió un supuesto en que la guerra civil impedía la entrega de una mercancía vendida (aceite de orujo

⁴⁹MORALES MORENO, «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas. 2006, p. 19.

El art. 8: 101 PECL ya se refería a la «non-performance» como un enunciado que comprende todas las formas de incumplimiento. Aglutina cualquier manifestación de disconformidad entre lo pactado y lo ejecutado por el deudor. Según este nuevo concepto, el incumplimiento será esencial o no esencial en función de sus efectos, dependiendo de que concurra o no una excusa para el incumplimiento. Es una noción objetiva, pero no se excluye toda forma de imputación subjetiva, pues el deudor puede tener una excusa que justifique el incumplimiento (art. 8:108 PECL), es decir, el impedimento para el cumplimiento que está fuera del control del deudor y cuya aparición no pudo razonablemente preverse en el momento de la perfección del contrato o sus consecuencias no pudieron con todo evitarse. Equivale a la fuerza mayor de nuestro ordenamiento. Sobre el tema, por todos, puede consultarse FENOY PICÓN, NIEVES, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera. Aspectos generales. El incumplimiento», ADC, 2010, t. 63, fasc. I, pp 47 ss.

⁵⁰*ELI Principles for the Covid-19 crisis, 2020*, Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf

⁵¹ MORALES MORENO, «El efecto...», *loc cit*, p. 449. Tampoco GOMEZ POMAR, «Un primer...», *loc cit*, p. 1447 ve como alternativa atractiva la resolución: «incurrir en la pérdida social que supone la extinción de los contratos en vigor como consecuencia de una perturbación pasajera parece una mala estrategia para un sistema jurídico y una sociedad». Entre otros, como se irán citando a lo largo de este trabajo, tampoco ven en la resolución contractual el mejor remedio ante la crisis, aunque no renuncian a ella si las circunstancias lo piden: JEREZ, KUBICA Y RUDA, «Covid-19, fuerza mayor y contrato...», *loc cit*, p. 1498. El propio Preámbulo del RD-Ley 15/2020, apartado II, advierte que «Asimismo, si se acude a la regulación del Código civil referida a la fuerza mayor, tampoco ofrece una solución idónea porque no ajusta la distribución del riesgo entre las partes, aunque puede justificar la resolución contractual en los casos más graves».

natural). Se afirma que la fuerza mayor dimanante de la guerra no produce los efectos extintivos por una imposibilidad absoluta y permanente de cumplimiento, sino que genera una «imposibilidad pasajera con efecto meramente suspensivo», de manera que al cesar la fuerza mayor pueda «revivir» la obligación si subsiste entonces la finalidad buscada por los interesados al tiempo de la celebración del contrato. Por ello se entiende que continúa el vendedor obligado a la entrega de una mercancía respecto de la cual la fecha de la entrega no actuaba como un requisito esencial, siendo ese un dato fundamental para aplicar la suspensión⁵².

En este caso jurisprudencial existe una imposibilidad temporal de la prestación que no desemboca en un incumplimiento. Distinto sería el caso en que existiera una fecha concreta en la que debe verificarse el cumplimiento. Incluso puede suceder que la imposibilidad temporal se prolongue tanto en el tiempo que frustre el fin práctico del negocio. En estos dos últimos casos existiría ya un incumplimiento definitivo.

También Alemania, por ejemplo, en la actual crisis sanitaria, se ha decantado más por las moratorias. Así, el § 240 (*Vertragsrechtliche Regelungen aus Anlass der COVID-19-Pandemie*), en su sección 1, regula una moratoria general (aunque no automática y con ciertos matices) hasta el 30 de junio 2020 para consumidores y pymes respecto al pago de cuotas en los contratos de ejecución continuada y esenciales (electricidad, comunicación, seguros...). En su sección 3 relativa a los contratos de préstamo se ha optado por la suspensión, y así a falta de acuerdo, se señala un aplazamiento *ope legis* de tres meses de todos los pagos a cargo de los consumidores por principal, intereses y otros cargos periódicos, en contratos de crédito, inmobiliario o de otra naturaleza, cuando los consumidores, a causa de la pandemia, hayan sufrido una pérdida de ingresos que les haga difícil hacer frente a dichos gastos, aunque dichas medidas no pueden imponerse si la suspensión del contrato genera un perjuicio excesivo a la otra parte⁵³.

⁵² STS 13 junio 1944 (ECLI:ES:TS:1944:226; Documento TOL4.458.738). Cabe destacar que se trataba de la obligación de entrega de cosa genérica (el cual no perece) y la fecha de entrega era un requisito accidental en el caso de autos.

⁵³ *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*, de 27 de marzo de 2020, en particular su art. 5.

Como señala LEHMANN, MATTHIAS, «Las medidas legislativas alemanas relacionadas con la crisis del COVID-19 en el ámbito del Derecho civil», *RDC*, vol. VII, nº 2, especial (mayo 2020), Ensayos), p. 6 y 7, «el legislador alemán no se limita a los cambios descritos, sino que sigue tratando de adaptar el derecho a las nuevas circunstancias en otros ámbitos contractuales. Un ejemplo es el proyecto de una nueva ley que el gobierno ha presentado el 21 de abril de 2020. [Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht, Bundestags-Drucksache (material impreso del Parlamento alemán) 19/18697]. Este proyecto concierne a los eventos públicos, como por ejemplo los conciertos de música u otros eventos culturales o actos deportivos. Se prevé que si un evento público ha sido cancelado debido a la crisis, el organizador pueda, en vez de restituir el precio, dar a los titulares de los billetes de entrada un bono que les otorgará el derecho a la participación a otro evento. El receptor del bono puede, sin embargo, demandar la restitución del precio en dos circunstancias: o cuando no pueda asistir al otro evento debido a su situación personal, o cuando no haya canjeado el bono hasta el fin del año 2021».

En otras ocasiones, nuestro legislador, en situaciones excepcionales, ha concedido a los jueces y tribunales una «facultad moderadora». Así, el art. 11 de la Ley 28/1998 venta a plazos de bienes muebles (en adelante LVPBM) advierte que:

«1. Los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago. 2. Igualmente, tendrán facultades moderadoras de las cláusulas penales pactadas para el caso de pago anticipado o incumplimiento por parte del comprador»⁵⁴.

La norma no nos sirve de inspiración en los tiempos actuales. El precepto no opta por la resolución sino por establecer un nuevo plazo, aunque con un recargo del precio por el aplazamiento del pago (podría haberse optado por exigir una garantía)⁵⁵. Además, si de lo que se trata es de descongestionar los tribunales, es mejor evitar en lo posible la vía judicial.

El punto en común entre la sentencia citada y la LVPBM es que se evita la resolución contractual apostando por mantener el contrato. Y es en este espíritu de mantener el contrato en el que encaja la negociación que el art. 36 exige antes de poder solicitar la resolución del contrato⁵⁶. El legislador pretende mantener el contrato, pues obliga a las partes a negociar posibles soluciones alternativas a la resolución. Resulta conveniente la negociación entre las partes bajo el prisma de la buena fe o la razonabilidad en la toma de decisiones. Ya veremos en epígrafes posteriores hasta dónde puede llegar la negociación.

Un último apunte respecto al modo de ejercer la resolución. Nuestro TS declara que la facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no solo en la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte (por todas, STS 28 junio 2002, RJ 2002\5509). La facultad resolutoria de los contratos se produce por su mero ejercicio extrajudicial, no estando sujeta a forma. No existe ninguna obligación de comunicar la resolución del contrato mediante correo certificado, burofax o similar, pero sí deberá poderse acreditar debidamente dicho requerimiento de modo análogo a la carga de la prueba contenida en el art. 72

⁵⁴ Esta ley es apuntada por CARRASCO PERERA, «Al fin la madre...», *loc cit*, p. 1472, en su análisis a la cláusula rebus sic stantibus. También la cita M^a ÁNGELES PARRA LUCÁN, en STS, (1^a) 13 julio 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2848).

⁵⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, ed. Montecorvo, 1977, p. 239, respecto al recargo advierte que «si el deudor se encuentra en un trance difícil, sólo se salvará del mismo si se le conceden las máximas facilidades y no se agravan sus cargas».

⁵⁶ CAÑIZARES LASO, «La aplicación...», *loc cit*, p. 91, considera que «puede ser que este art. 36 fuerce a anunciar una resolución para renegociar un posible cumplimiento del contrato, porque en realidad está partiendo de la base de que existe una imposibilidad sobrevenida temporal de la prestación».

TRLGDCU cuando ejercita un derecho de desistimiento. Podrá optar por el método que considere más idóneo, pero ha de ser capaz de advenir esa comunicación⁵⁷.

4.3. ¿Un asomo de la cláusula *rebus sic stantibus*?

Cabe preguntarse si el art. 36 ED-Ley 11/2020 esconde un remedio frente a la alteración de las circunstancias, regulada en los ordenamientos jurídicos más modernos⁵⁸, pero carente de regulación expresa en nuestro Código, aunque nuestra jurisprudencia se ha encargado de establecer los requisitos para su aplicación recordándonos en alguna ocasión que se trata de una cláusula «peligrosa», por lo que «debe admitirse cautelosamente»⁵⁹.

El art. 36.1 RD-L 11/2020, afirma que:

«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».

Es en esta necesidad de restaurar la «reciprocidad de intereses del contrato», donde puede parecer acuñada la cláusula *rebus*⁶⁰. Se ha alegado que parece que el legislador

⁵⁷ RIBÓN SEISDEDOS, «Conflictos que se avecinan», *loc cit*, p. 6.

⁵⁸ Algunos países europeos recogen en sus ordenamientos la posibilidad de revisar el equilibrio contractual establecido entre las partes o, incluso, poner fin a la relación contractual. Es el caso del art. 1195 del Código civil francés reformado en 2016; §313 BGB; el art. 1467 Código civil italiano; el art. 437 Cc portugués; o los arts. 6:258 y 6:260 del Código civil holandés. En los trabajos de armonización europea del derecho de los contratos también se regulan los efectos de la alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales: art. 6:111 PECL; art. III-1:110 DCFR; art. 89 CESL. También los arts. 6.2.2 y 6.2.3 de los principios UNIDROIT lo prevé.

El Código civil español no contempla la posibilidad de revisión del contenido contractual o de resolución del contrato cuando circunstancias sobrevenidas hubieran afectado el equilibrio contractual establecido en un inicio. Aunque existen preceptos que atribuyen algún efecto al cambio de circunstancias sobrevenido; es el caso del art. 1575 Cc o el art. 100 Cc. Cabe recordar también la Ley 493 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra o más recientemente, en Cataluña, el Decreto ley 34/2020, de 20 de octubre de medidas urgentes de apoyo de la actividad económica desarrollada en locales de negocios arrendados (aunque no regula de manera general la cláusula *rebus sic stantibus*). Las propuestas de modernización del derecho de obligaciones y contratos se han hecho eco de los supuestos de alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales: el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y contratos elaborado por la Comisión General de Codificación; el art. 416-2 de la Propuesta de Código mercantil o el art. 526-5 de la Propuesta de Código civil realizada por la Asociación de Profesores de Derecho civil. Para una información más detallada y profunda se aconseja el trabajo de ESTRUCH ESTRUCH, JESÚS «La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*», *RCDI*, n. 760, 2020, pp. 2037 ss.

⁵⁹ STS 17 mayo 1957 (RJ 1957, 2164). Como señala PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *Indret*, 4.2015, p. 12, la cláusula *rebus sic stantibus* es una figura que renace en época de crisis. Pero en esta crisis sanitaria se han levantado críticas a la *rebus* como mecanismo para solventar los problemas jurídicos generados en el ámbito contractual (GÓMEZ POMAR, F, «Un primer análisis...», *loc cit*, p. 1435.; GENUZA, Y GÓMEZ POMAR, «Los instrumentos...», *loc cit*, p. 561; RODRIGUEZ ROSADO Y RUIZ ARRANZ, «Consecuencias de la epidemia ...», *loc cit*, p. 1 ss).

⁶⁰ Según GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, «Restaurar la reciprocidad en el art. 36.1 RD 11/2020», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020, Disponible en:

ha querido someter el supuesto del hecho del art. 36, al régimen de la regla *rebus sic stantibus*, pues las partes de los contratos de consumo afectados por el COVID-19 deben negociar durante 60 días una modificación del contrato que restaure su reciprocidad⁶¹.

Es evidente que un evento imprevisible e inevitable es el supuesto de hecho de la fuerza mayor y también de la excesiva onerosidad o *hardship* y de los supuestos de frustración del contrato. Estas dos últimas alternativas entran bajo la doctrina de la *rebus sic stantibus*.

4.3.1. La excesiva onerosidad

La cláusula rebus permite revisar o resolver el contrato ante la aparición de circunstancias imprevisibles que afectan al equilibrio del contrato. Está prevista para situaciones en las que, por circunstancias sobrevenidas, una fuerza mayor, un evento

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/17._JOSE_RAMON_GARCIA_VICENTE_-_Restaurar_la_reciprocidad_en_el_art%C3%ADculo_36.1_del_RDL_11_2020.pdf, p. 1, la necesidad de «restaurar la reciprocidad» la que alude el art. 36.1, tiene su origen en el art. 1213.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos (2009) referente al régimen de la cláusula *rebus sic stantibus*.

En concreto el art. 1213.1 afirma 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», añadiendo en el segundo apartado que las reglas sobre la modificación del contrato en caso de cambio de circunstancias y su conexión con la resolución: «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 una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato».

El segundo apartado del art. 1213, según MARÍN LÓPEZ, M.J., «En el art. 36 RD-ley 11/2020, ¿Está obligado el consumidor a aceptar una oferta alternativa razonable?», *Revista CESCO Derecho de consumo*, 28 mayo 2020, Disponible en:

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/23._MANUEL_JESUS_MARÍN_LOPEZ_-_En_el_art_36_RD-Ley_11_2020_-_esta_obligado_el_consumidor_a_aceptar_una_oferta_alternativa_razonable.pdf, p. 2, o en «Derechos del consumidor...», *loc cit*, pp. 70 y 71, «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 sólo 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)».

⁶¹ PEÑA LÓPEZ, FERNANDO, «En busca de la reciprocidad perdida, ¿pero para qué tomarse la molestia?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020, disponible en : http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/32._FERNANDO_PENA_LOPEZ_-_En_busca_de_la_reciprocidad_perdida.pdf, p. 1, añade que «Desde el punto de vista técnico, por lo tanto (decisión política al margen), la idea de sujetar el supuesto de hecho al régimen de la regla rebus, no resulta especialmente sorprendente ni criticable», aunque el autor considera que lo que existe es una moratoria en vez de la cláusula rebus.

imprevisible, extraordinario y fuera del control del deudor, hace excesivamente gravosa la prestación de una de las partes⁶², destruyendo, de este modo, la relación de equivalencia entre las prestaciones. Se aplica en los casos en los que la prestación se ha hecho muy onerosa para el deudor debido a un acontecimiento imprevisible, pero es posible su cumplimiento⁶³. Y se aplica a contratos de tracto sucesivo, o de tracto único, pero con ejecución diferida en el tiempo. Aplicar la doctrina rebus implica la facultad de pedir una modificación contractual que restaure el equilibrio inicial de las contraprestaciones a la parte perjudicada por la fuerza mayor, siempre que ello sea posible, o pedir la extinción de dicho contrato.

No cabe duda que la imposibilidad de cumplir los contratos a los que se refiere el art. 36.1 RD-L 11/2020 se debe a circunstancias sobrevenidas, imprevisibles y ajenas a la actuación de las partes contratantes. Las medidas decretadas durante el estado de alarma, muchas veces, habrán frustrado la finalidad del contrato, desapareciendo el interés de alguno de los contratantes en su ejecución. Pensemos en la compra de un vestido de comunión, contratar los servicios de catering para la celebración de un evento concreto (boda, comunión, cumpleaños...).

Sin embargo, una de las características clave de la cláusula rebus es la existencia de un perjuicio económico, esto es, que la parte que pretenda la revisión o resolución haya sufrido un perjuicio económico evaluable⁶⁴. Si es así, puede solicitarse la revisión del contrato o su resolución. Pero la resolución solo es posible cuando no se puede restaurar la reciprocidad de intereses del contrato (es una medida excepcional), en caso contrario, el deudor puede solicitar solo la modificación del contrato y el juez puede acordarla, aunque la otra parte se oponga⁶⁵.

Este requisito no se aprecia expresamente en el caso de la imposibilidad de cumplimiento por parte del empresario por un supuesto concreto de fuerza mayor, prevista en el art 36.1 RD-L 11/2020. Según el precepto, siendo imposible cumplir por

⁶² El apartado tercero del art. 416-2 de la Propuesta de Código mercantil señala: «Se considera que existe excesiva onerosidad sobrevenida, cuando, con posterioridad a la perfección del contrato, ocurran o sean conocidos sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que estos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y esta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos».

⁶³ Como señala FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, ENCARNACIÓN, «La reciente evolución de la jurisprudencia sobre alteración sobrevenida de circunstancias contractuales. Una cuestión de fundamentación y técnica jurídica», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n. 21, disponible en tirantonline.com, Documento TOL6.265.442, el trasfondo que subyace en la doctrina rebus es la búsqueda de soluciones de justicia material para los casos concretos. En la misma línea ESTRUCH ESTRUCH, «La aplicación...», *loc cit*, p. 2072.

⁶⁴ Es necesario que el cumplimiento del contrato haya devenido excesivamente oneroso, en el sentido de que debe haber provocado un grave desequilibrio en el contrato. Este desequilibrio puede deberse a un incremento en el coste del cumplimiento o en una devaluación del valor de la prestación (CAÑIZARES LASO, «La aplicación...», *loc cit*, p. 73). CARRASCO PERERA «Al fin la madre...», *loc cit*, p. 1463: «Una ejecución no se hace “excesivamente onerosa” cuando el deudor no puede pagarla (...) Lo oneroso es calidad del sinalagma, no del bolsillo del deudor».

⁶⁵ MARÍN LÓPEZ, M.J., «En el art. 36 RD-ley 11/2020...», *loc cit*, p. 2.

parte del empresario, y solicitada por el consumidor la resolución contractual, se impone negociar lo que puede conllevar una posible solución distinta a la típicamente prevista para la resolución (la devolución del precio abonado).

En nuestro caso, el legislador no está pensando en una excesiva onerosidad por parte del empresario⁶⁶. El empresario quiere cumplir, pero no puede, por lo que estamos antes un caso de imposibilidad. Además, la norma no concede al empresario la posibilidad de exigir al juez que determine la nueva reciprocidad que las partes no han podido acordar, sino que el consumidor, pasados los 60 días sin llegar a un acuerdo, tiene derecho a pedir el reembolso⁶⁷.

Otra cosa es que el empresario sí pudiera cumplir, pero resultara muy gravoso para él, es entonces cuando existe una excesiva onerosidad que nos conduciría a la doctrina *rebus*, pero no es el caso regulado expresamente en el art 36. La duda es, si realmente se diera esta excesiva onerosidad, ¿podría aplicarse también el art. 36? García Rubio, defiende su aplicación también en estos supuestos, al considerar que:

«de modo expreso solo se menciona la imposibilidad de cumplimiento, no que este se haya hecho excesivamente oneroso para el consumidor o para el profesional debido a las circunstancias derivadas del estado de alarma, aunque parece que este último caso también debe incluirse en el espíritu de la norma»⁶⁸.

⁶⁶ GARCÍA VICENTE, «Restaurar la reciprocidad ...», *loc cit*, p.2. considera que «En rigor la mención a este criterio o índice [*restaurar la reciprocidad de intereses del contrato*] en el artículo 36.1 RDL 11 / 2020, “no” tiene ningún valor o, en otras palabras, es una remisión superflua: el ejercicio eficaz de la resolución se sujeta “a la falta de acuerdo entre las partes”, sin que importe cuál sea el contenido del acuerdo o incluso si éste se rechaza o rehúsa cuando la propuesta respete las exigencias de la buena fe (tempestiva, proporcionada a los intereses de las partes, seria) y además tal propuesta sea económicamente equilibrada (la propuesta “no empeora” la posición del consumidor o se ajusta al sacrificio económico que grava sobre él)».

⁶⁷ En general, la cláusula *rebus*, especialmente sus consecuencias, no es bienvenida por toda la doctrina. GOMEZ POMAR, «Un primer análisis...», *loc cit*, p. 1435 ss.; GENUZA, Y GOMEZ POMAR, «Los instrumentos...», *loc cit*, p. 561, refiriéndose a la *rebus*, «No es este, pensamos, un mecanismo útil en la emergencia actual. No lo es por su falta de inmediatez, por lo imprevisible del resultado, y por el coste global para el sistema judicial y la sociedad en su conjunto que supone sujetar cientos de miles, tal vez millones, de contratos a una incierta y lejana decisión judicial en la materia. La *rebus* no resulta factible, ni conveniente, para abordar eventos sistémicos y *shocks* macro que impactan de forma súbita una economía». En el mismo sentido, MORALES MORENO, «El efecto de la pandemia...», *loc cit*, p. 450.

⁶⁸ GARCÍA RUBIO, «Medidas regladas...», *loc cit*, p. 37 y en nota 64 afirma «creo que el nuevo precepto está pensando en la imposibilidad de cumplir (o en la excesiva onerosidad del cumplimiento) como consecuencia del estado de alarma».

La fuerza mayor en el moderno Derecho de contratos nos obliga a acudir al art. 79 Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980 donde se regula el impedimento imprevisible, inevitable e insuperable, y ante la duda de saber si incluía también los supuestos de excesiva onerosidad sobrevenida o la frustración del fin del contrato, el Consejo Asesor de las Naciones Unidas en 2009 consideró que un cambio de circunstancias que no podría esperarse y que conlleva que el cumplimiento sea excesivamente oneroso, puede calificarse como un impedimento en virtud del art. 79. (JEREZ, KUBICA Y RUDA, «Covid-19, fuerza mayor y contrato...», *loc cit*, pp. 1486 y 1487.

Las medidas sanitarias derivadas de la pandemia son motivo de fuerza mayor y pueden derivar en:

«una desgracia mayor, como la penuria económica ocasionada por el cese de las actividades no esenciales, y desencadenar así escenarios de excesiva onerosidad sobrevenida (con la obligación de las partes de renegociar el contrato, conforme a la buena fe o el criterio de lo razonable), o bien a la frustración del fin del contrato (dando lugar a su resolución o terminación a instancia de uno de los contratantes)»⁶⁹.

4.3.2. La frustración del contrato

Como se indica en el texto anterior, puede suceder, también, que se genere «la desaparición sobrevenida del interés en el cumplimiento», pero esta desaparición del interés no implica un incremento de los costes de cumplir o una devaluación del valor objetivo de la prestación esperada, sino que supone la ausencia de un interés o la existencia de una frustración motivados por los cambios que la crisis ha provocado en el tráfico jurídico⁷⁰. Estos supuestos deberían incluirse en el art. 36 RD-Ley 11/2020.

CAÑIZARES LASO, «La aplicación...», *loc cit*, p. 93, incluso admite que podemos pensar que en algunas disposiciones del art. 36 RD-Ley 11/2020 existe una especie de «rebus específica», pues ha tratado de facilitar una especie de renegociación «en el sentido que podría suponer la modificación de los contratos por una alteración sobrevenida de las circunstancias con la finalidad de mantener los contratos en vigor y no haya una destrucción masiva de estos».

En cambio, CARRASCO PERERA, «Al fin la madre...», *loc cit*, p. 1472 considera que «en los contratos con consumidores no se puede aplicar la cláusula rebus. En el caso raro de que sea el consumidor el que no pueda soportar una carga duradera, debe poder marcharse por simple resolución en la que se le obligaría a pagar una fracción de los costes de amortización del activo devuelto (aplíquese por analogía el art. 11 LVPBM [...]). Si fuera el empresario el que no pudiera cumplir su prestación en el contexto-COVID, el consumidor podría resolver el contrato sin más. El consumidor no es un agente económico con ánimo de lucro y actúa en el mercado consumiendo de sus ahorros».

⁶⁹ Añadiendo ejemplos muy clarificadores, así se expresan JEREZ, KUBICA Y RUDA, «Covid-19, fuerza mayor y contrato...», *loc cit*, pp. 1482 y 1483; 1489. Añaden que, más allá de una cláusula de fuerza mayor, teniendo la cláusula de *hardship* o excesiva onerosidad y la cláusula de frustración del fin del contrato su origen en un evento imprevisto e inevitable, «cada una de ellas aporta un remedio distinto, desde el más suave (en el caso de fuerza mayor) al más fuerte (en el caso de frustración del fin del contrato) pasando por un punto intermedio (en el caso de excesiva onerosidad)». Sobre el tema vid también GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, «Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de las circunstancias», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, González Pacanowska y García Pérez (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2015, p. 141-213.

⁷⁰ El art. 1213 del Anteproyecto de Ley de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación señala: «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...», podrá pedirse la revisión o resolución. En sentido similar el art. 526-5 de la Propuesta de Código civil realizada por la Asociación de profesores de Derecho civil: «Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución de manera que esta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato [...]», puede pretenderse su revisión o resolución.

SALVADOR CODERCH, PABLO, «Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Indret*, octubre 2009, p. 32 y 33,

A título de ejemplo, en el supuesto del art. 36.1 RD-L 11/2020 el empresario quiere entregar el vestido de boda, pero no puede porque tiene el establecimiento cerrado y la novia no puede acercarse a la tienda. Les resulta imposible a ambas partes. Y aunque fuera posible (envío on line), quizás a la novia ya no le interesa puesto que ha tenido que suspender la celebración por imposibilidad de llevarla a cabo por las medidas legales tomadas por el estado de alarma; ha visto frustrado su interés. Por eso, la negociación es importante, para determinar cuáles son los intereses de las partes e intentar llegar a un acuerdo si es posible: entregar el vestido cuando se celebre finalmente el evento, un vale, etc. Y si el consumidor tiene muy claro que ya no le interesa, solo entonces podrá resolver el contrato.

Se observa, pues, que dependiendo de los contratos la casuística del art. 36 RD-Ley 11/2020 es amplísima. Existirán supuestos de:

«imposibilidad sobrevenida de la prestación que sea definitiva, imposibilidad sobrevenida temporal, supuestos de imposibilidad por frustración del fin del negocio, o una imposibilidad sobrevenida por excesiva onerosidad»⁷¹.

En todo caso, parece apropiado y necesario dar una oportunidad al empresario para poder mantener el contrato en tiempos de fuerte incertidumbre económica, eso sí, siempre que sea posible y se tenga en cuenta la situación de la contraparte, pues puede ser peor que la suya⁷². El art. 36 RD-Ley 11/2020 no suprime la posibilidad de

sobre la segunda alternativa de frustración del fin del contrato considera que «se presenta con un perfil marcadamente objetivo: el contrato, considerado como un todo, ha quedado privado de base o fundamento y, por tanto, no puede alcanzar su fin [...]; la frustración del fin se proyecta ahora sobre el contrato, en contraposición a la sobrevenida onerosidad de la ejecución del contrato que lo había devenido «para una de las partes [...] En la práctica, con todo, la referencia al “fin” del contrato puede relacionarse con el propósito común o resultado económico querido o pretendido por ambas partes con el programa contractual».

⁷¹ CAÑIZARES LASO, «La aplicación...», *loc cit*, p. 90. LÓPEZ MOLINA, MARIANO, «Lidiando con lo imprevisible. Consecuencias jurídicas, contractuales, de acontecimientos inesperados y posibles soluciones legales», *Diario La Ley*, nº 9630, 12 mayo 2020, p. 6, afirma que «No hay claros límites entre un supuesto de imposibilidad de cumplimiento y otro de excesiva onerosidad y, por lo tanto, bien podría ser que se aplicara o se recurriera a la doctrina del *rebus sic stantibus* bajo el argumento de la imposibilidad».

⁷² MARÍN LÓPEZ, M.J., «En el art. 36 RD-ley 11/2020...», *loc cit*, p. 2 y 3, sin embargo, es crítico con la necesidad de negociación de las partes. Considera que si el consumidor pide la resolución es porque el cumplimiento posterior ya no satisface su interés. No tiene sentido que dialogue para mantener un contrato que no tiene interés en mantener. Otra cosa es que pacte la entrega de un bono, pero aquí el primer contrato se extinguió y el pacto versa sobre la obligación de devolver el precio (liquidación tras resolver). Por eso el autor cree que no debe negociarse una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato. Además, la exigencia de que sea una negociación de buena fe no añade nada. El consumidor no está obligado a negociar, porque el empresario no puede imponer una revisión del contrato que sea reequilibradora para él si no lo acepta el consumidor. El empresario no puede exigir al juez que lo decrete si es contra la voluntad del consumidor. Ello porque no estamos ante un caso de excesiva onerosidad de la prestación. El art. 36 es otra cosa: dilucidar si una vez que el empresario incumple y el consumidor resuelve, puede imponerle al consumidor una solución distinta a la prevista en el Cc; devolver el precio. Y eso no puede hacerlo. El problema de fondo es que el legislador ha tomado de

resolver el contrato por parte del consumidor, sino que traslada a la contraparte las dificultades que tiene una parte para cumplir la prestación sin que existan garantías de que la contraparte contractual esté bien situada para ofrecer esa liquidez sin desencadenar sucesivos incumplimientos⁷³. Aunque no necesariamente tiene que haber tantos riesgos pues al final puede resolver solo que esperando un poco. Hay un reparto de pérdidas, aunque sea temporal, que a veces tendrá que soportar el empresario y otras el consumidor, y esto no podemos verlo *siempre* como una desprotección del consumidor:

«porque dicha desprotección se refiere sobre todo a no verse defraudados en sus legítimas expectativas contractuales en la fase de cumplimiento contractual y aquí, el posible sacrificio que se les pueda imponer no proviene de un abuso de la posición dominante de la otra parte, sino del acaecimiento de un hecho externo de consecuencias perturbadoras para todos los actores en el tráfico comercial»⁷⁴.

Como nos advierte GÓMEZ POMAR, más centrado en el art. 36.4 aunque consideramos aplicable al 36.1, los costes asociados a la extinción del contrato son muy elevados. El riesgo en una situación de emergencia como la actual consiste en que la acumulación de las resoluciones y consecuentes solicitudes de reembolsos, aunque previsiblemente pequeñas en media, en términos agregados pueden representar un serio problema de liquidez y solvencia. Y es precisamente este problema lo que puede estar en la mente del legislador en el art. 36, estableciendo algunas previsiones para tratar de mitigar tales consecuencias:

«En la situación de emergencia presente, la protección del consumidor entendida como protección íntegra de los derechos del “período normal” nos parece que ha de permitir modulaciones conducentes a cumplir objetivos de urgencia máxima, como es la conservación del tejido productivo en el sector turístico y de transporte –entre otros-, y la reducción del riesgo de insolvencia y procesos de espiral de impagos en ellos»⁷⁵.

modelo la parte de un artículo relativa a la cláusula *rebus*. Y a ello se añade el riesgo de ser una norma contraria a los postulados del Derecho europeo.

Discrepan en lo relativo a que no se pueda demorar la restitución, que en su caso correspondiese al consumidor y usuario e incluso que esta solución sea contraria a la normativa europea RODRIGUEZ-ROSADO Y RUIZ ARRANZ, «Consecuencias de la epidemia...», *loc cit*, p. 5 : «Bien es verdad que el artículo 18 Directiva 2011/83 obliga al comerciante a reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas, pero lo hace en un supuesto de incumplimiento de la obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado y tras la concesión de un plazo adicional salvo que aquel plazo fuera esencial. Sin olvidar tampoco que el artículo 16 Directiva 2019/771 no armoniza la facultad de los Estados de regular las modalidades del reembolso del precio al consumidor, ni la facultad de establecer determinados plazos para el reembolso del precio o la devolución de los bienes (cfr. Cdo 60 Directiva 2019/771)».

⁷³ GREGORACI FERNÁNDEZ, «Covid-19...», *loc cit*, p. 5.

⁷⁴ RODRIGUEZ-ROSADO Y RUIZ ARRANZ, «Consecuencias de la epidemia...», *loc cit*, p. 5.

⁷⁵ GOMEZ POMAR, F, «Un primer análisis...», *loc cit*, pp. 1450 y 1451.; GENUZA Y GOMEZ POMAR, «Los instrumentos...», *loc cit*, p. 574.

Por ello, se ha criticado que el legislador no haya desactivado de manera generalizada durante el estado de alarma incluso hasta unos meses después, la facultad resolutoria⁷⁶.

Es evidente que el art. 36.1 es una moratoria encubierta en favor del empresario, pero debiera haberse previsto que puede haber consumidores con problemas de liquidez y no se les puede imponer a estos financiar durante 74 días a las empresas cuya prestación se ha hecho imposible durante la crisis sanitaria⁷⁷. Es lo que GARCÍA RUBIO denomina con agudeza «conurrencia de vulnerabilidades», que es preciso tener en cuenta, pues es posible que el consumidor esté en situación de penuria económica que puede ser tan grave o más que la contraparte. En estos casos la autora considera que lo apropiado sería permitir la resolución directa⁷⁸.

Se han propuesto soluciones alternativas al art. 36 RD-Ley 11/2020, por parte de la doctrina, en la línea de mantener el contrato. En este sentido, se ha propuesto que, en las prestaciones de dar no efectuadas debido a la imposibilidad derivada de la crisis, se excluya la facultad de resolver el contrato basado en el incumplimiento o retraso que traiga causa de la crisis sanitaria, excepto si dicha prestación carece ya de utilidad para el consumidor, en cuyo caso sí procederá la resolución posponiendo la restitución monetaria al 30 junio 2021. Y en las prestaciones de hacer no efectuadas debido a la imposibilidad o retraso derivada de la crisis, tampoco procedería la resolución, excepto en los casos en que la obligación de hacer se refiera a una prestación que debía realizarse durante la crisis, o resulta carente de utilidad una vez pasada la crisis. También en este caso se propone que la restitución monetaria pueda aplazarse hasta el 30 junio de 2020⁷⁹. Considero que son buenas soluciones.

⁷⁶ GREGORACI FERNÁNDEZ, «Covid-19...», *loc cit*, p. 5. «la desactivación generalizada de la resolución resulta deseable, no solo porque evita los efectos adversos que puede tener la resolución en el contexto que estamos considerando, sino también porque supondría un incentivo a la negociación entre las partes, opción esta que, como ya he tenido ocasión de señalar, es la ideal en las circunstancias provocadas por el Covid-19».

⁷⁷ GOMEZ POMAR, F, «Un primer análisis...», *loc cit*, p. 1449 ss.; GENUZA Y GOMEZ POMAR, «Los instrumentos...», *loc cit*, p. 574 ss.

Aunque refiriéndose a los viajes combinados, defienden la idea del bono en la cancelación de viajes combinados como instrumento para preservar el contrato remitiendo a un momento posterior el cumplimiento de la prestación específica, pero hacerlo sin forzar al consumidor a financiar a la contraparte si no quiere o no puede. Una posibilidad para conjugar ambos objetivos sería hacer el bono inmediatamente redimible a cargo del Estado de modo que el consumidor pudiera recibir su importe directamente de la agencia tributaria una vez normalizada la situación de esos sectores. En sentido similar, CARRASCO PERERA, «El bono-COVID emitido por las agencias de viaje en favor de los consumidores», 20 abril 2020, disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-bono-covid-emitado-por-las-agencias-de-viajes-en-favor-de-los-consumidores/>, ha defendido hacer del bono un título valor [fecha consulta 27 noviembre 2020].

⁷⁸ GARCÍA RUBIO, «Medidas regladas...», *loc cit*, p. 39.

⁷⁹ Estas son, entre otras las propuestas de RODRIGUEZ-ROSADO Y RUIZ ARRANZ, «Consecuencias de la epidemia...», *loc cit*, p. 7. También presentan una propuesta, para las actividades musicales, culturales o deportivas que no hayan podido realizarse (resolver el contrato restituyendo las cantidades cobradas o

4.4 Condiciones legales para resolver el contrato

4.4.1. La necesidad de negociar

El 36.1 RD-L 11/2020 se inicia con lo que se resiste a conceder de inmediato: la acción resolutoria. Reconoce el derecho de resolución, pero lo dilata y, además, lo condiciona a que no se haya podido pactar entre las partes una modificación del contrato en el plazo de 60 días naturales⁸⁰. La negociación es una condición suspensiva de carácter legal y negativa⁸¹. El derecho de resolución queda enmarcado en unas condiciones que desdibujan la acción de resolución propiamente dicha.

Es un plazo apropiado por la finalidad que pretende cumplir (permitir un respiro al empresario), pero desproporcionado si lo comparamos con la brevedad de tiempo que tiene el consumidor para pedir la resolución (14 días)⁸² y no se prevé ningún tipo de garantía que asegure el derecho del consumidor al reembolso (sería oportuno establecerlo)⁸³.

La norma impone a las partes el deber de negociar una posible solución que «restaure la reciprocidad de intereses del contrato» antes de resolver el contrato. En este

entregando un bono), o en caso de contratos de tracto sucesivo proponen una moratoria de tres meses con matices. También hacen una propuesta de regulación, entre otros, JEREZ, KUBICA Y RUDA, «Covid-19, fuerza mayor y contrato...», *loc cit*, p. 1496 ss., tras un serio estudio de la fuerza mayor y el contrato hacen una propuesta a favor de mantener el contrato. O MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 14, y en «Derechos del consumidor...», *loc cit*, p. 63 afirma que en el art. 36 hubiera sido más fácil «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 periodo de tiempo».

⁸⁰ La nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)», de fecha 7 de mayo 2020, disponible en https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Nota_derechos_consumidores.pdf [fecha de consulta 9 diciembre 2020] y 21 de mayo 2020, disponible en [file:///C:/Users/etorr/Downloads/Actualizacion-nota-derechos-consumidores-21-5-20%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/etorr/Downloads/Actualizacion-nota-derechos-consumidores-21-5-20%20(2).pdf) [fecha de consulta 9 diciembre 2020], añaden, respecto a las notas anteriores de 2 de abril, disponible en <https://www.covb.cat/pdf/2020/coronavirus/2020-04%20-02-derechos-consumidores-covid-19.pdf> [fecha de consulta 9 diciembre 2020], que los 60 días son naturales.

⁸¹ MARÍN LÓPEZ, M.J., «Resolver el contrato...», *loc cit*, p. 2, a causa de ello, «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 se 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». Idem en «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 13; o «Derechos del consumidor...», *loc cit*, pp. 62 y 63.

⁸² MARÍN LÓPEZ, M.J., «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 11, considera que dos meses es un plazo adecuado teniendo en cuenta los intereses en conflicto.

⁸³ SÁNCHEZ CANO, Y MARTÍNEZ CALVO, «La situación del consumidor...», *loc cit*, p. 1153 les parece excesivo 60 días de negociación «pues si hay voluntad de las partes para alcanzar un acuerdo, raramente las negociaciones tendrán que prolongarse durante tanto tiempo; y si no existe dicha voluntad, se revela complicado que ello vaya a cambiar por fijar un plazo más holgado».

sentido, se somete a una moratoria de sesenta días el ejercicio de la facultad de resolver del consumidor. La norma solo exige negociar y mientras dura esta negociación el contrato sigue en vigor y no se puede resolver. Lo novedoso de la norma es el intento de llegar a un acuerdo antes de resolver⁸⁴. Precisamente esta norma así establecida parece que infringiría el art. 86.5 TRLGDCU según el cual «serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean: 5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario». Sin embargo, como decíamos en apartados anteriores, la situación de emergencia debe permitir alguna modulación respecto el «periodo normal».

Las partes deben negociar para buscar una solución dentro del contrato, ya sea alterando las obligaciones, su cumplimiento o su ejercicio⁸⁵. Ahora bien, como negociación que es, el consumidor no tiene que aceptar necesariamente la oferta de cumplimiento sustitutivo ofrecida por el empresario. Si no la acepta procederá la resolución del contrato automáticamente (en el sentido de que no hay necesidad de una nueva declaración de voluntad del consumidor) y la consiguiente restitución del precio, aunque ello tendrá lugar una vez hayan transcurrido los 60 días. La negociación y reflexión es ineludible y necesaria⁸⁶.

La necesidad de negociar nos insinúa dos cosas: la relevancia de la autonomía de la voluntad⁸⁷, dentro de la cual, tanto el empresario como el consumidor, podrán hacer propuestas de revisión siempre bajo el foco de la buena fe; y el interés de la norma en conservar el contrato. La norma, aunque regule la facultad de resolver el contrato, se resiste a que sea efectiva la acción y la concede como último recurso tras un fracaso de

⁸⁴ MARÍN LÓPEZ, M.J., «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 9: considera que la verdadera novedad del precepto es que «las partes tiene que negociar para intentar llegar a un acuerdo, con el fin de “recomponer” el contrato de manera satisfactoria para ambos. Y mientras dura la negociación, el consumidor no puede desvincularse del contrato y reclamar el precio abonado».

⁸⁵ MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz M., «La ruptura de la economía negocial tras el COVID-19 (un análisis desde el moderno derecho europeo de contratos)», *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº 12 bis, mayo 2020, p. 332, define la obligación de renegociar (aunque en sede del análisis de la cláusula rebus) «como una obligación, en este caso legal, de medios que impone a las partes el deber de reunirse para intercambiar propuestas acerca de un nuevo contenido para su contrato».

⁸⁶ LÓPEZ MOLINA, «Lidiando con lo imprevisible...», *loc cit*, p. 7, señala que el precepto opta por introducir «una negociación obligatoria previa a la resolución del contrato, pero no se incentiva en mucho más para que esa negociación llegue a buen puerto».

⁸⁷ Inevitable recordar a ALONSO PÉREZ, MARIANO y sus enseñanzas: «La autonomía de la voluntad es el poder emanado de los particulares para establecer o modificar reglas jurídicas con fuerza normativa reconocidas y sancionadas por el ordenamiento jurídico. Una facultad inherente a la propia de la persona como ser libre y responsable, que convierte sus propias decisiones jurídicas en vinculantes con efecto entre las partes intervinientes» («La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico», en *Tratado de Derecho civil, II: normas civiles y derecho subjetivo*, Dir. Rams Albesa, Madrid, Iustel, 2014, p. 245).

entendimiento entre las partes. Lo importante es analizar las opciones de salvar el contrato con perspectiva económica⁸⁸.

La negociación debe desarrollarse «sobre la base de la buena fe». Es a través de la buena fe como debemos medir el contenido de la negociación⁸⁹. Debe guiar las propuestas ofertadas por las partes intentando mitigar el daño y en esta buena fe debe tenerse en cuenta la situación actual y los perjuicios generales para ambas partes. En muchos contratos la parte débil no será solamente el consumidor⁹⁰. No podrá imponerse un cumplimiento forzoso y ni la ruptura injustificada de las negociaciones tendrá consecuencias⁹¹.

En la negociación, las propuestas y contrapropuestas entre las partes pueden ser variadas. A título de ejemplo, la norma prevé el «ofrecimiento de bonos o vales sustitutorios al reembolso, que en todo caso quedarán sometidos a la aceptación por parte del consumidor y usuario». Puede ser ofrecida, además, una fecha alternativa de entrega, un descuento en próximas compras, o los gastos de envío gratuitos, regalo de algún complemento o producto, de forma que resulte más atractivo para el consumidor y sea más fácil aceptarlo. Lo que exige la norma es restituir la reciprocidad de intereses. En todo caso, hay que reconocer que el empresario es el que tiene más capacidad y facilidades para ofrecer las alternativas a la resolución y al consumidor le queda aceptarlas o no, y poco más⁹².

⁸⁸ GREGORACI FERNÁNDEZ, «Covid-19...», *loc cit*, p. 3, considera que renegociar es la opción «ideal en el contexto actual, como demuestra el hecho de que, incluso en países con ordenamientos jurídicos nada proclives al reconocimiento del principio general de buena fe, como Reino Unido, sea esta la medida promovida por el gobierno».

⁸⁹ Como nos recuerda CARRASCO PERERA, «Al fin la madre...», *loc cit*, p. 1468: «todo el que se niega a renegociar de mala fe incurre en *culpa in contrahendo* [...]. Todo contratante tiene derecho (id est, no está prohibido) a proponer una renegociación y todo cocotratante está *sujeto a responder de buena fe* a esta propuesta, se dé o no de inicio una contingencia-*rebus* en la parte que propone».

⁹⁰ Por eso se considera que la negociación más apropiada puede ser la suspensión de las obligaciones y derechos respectivos, aunque también se advierte que la suspensión, a veces, no sea posible (GÓMEZ LAGÜIRRE, «Fuerza mayor», *loc cit*, p. V).

⁹¹ MARTÍNEZ VELENCOSO, «La ruptura de la economía...», *loc cit*, p. 332, aunque lo argumenta al comentar la negociación en un supuesto de *rebus sic stantibus*, afirma que no procedería la indemnización de daños y perjuicios, pues se trataría de un supuesto de daños punitivos no previstos en nuestro ordenamiento.

⁹² SÁNCHEZ CANO, M^ª JESÚS, Y MARTÍNEZ CALVO, JAVIER, «La situación del consumidor ante la imposible ejecución de los contratos de consumo a causa de la pandemia del COVID-19: un análisis desde la perspectiva civilista e internacional privatista», *RDPatr*, n. 53, septiembre-diciembre 2020, p. 1153 «tanto el reembolso como la entrega de bonos o vales sustitutorios del mismo, tiene como presupuesto la previa resolución del contrato. Precisamente, porque el objeto de dichos bonos o vales no es sustituir a la prestación sino al reembolso, y este ha de venir precedido en todo caso por la resolución del contrato».

No es una mala opción ofrecer bonos o vales sustitutorios si lo acepta el consumidor y más si pensamos en el pequeño comercio. Es una forma de mantener el contrato y evitar restituciones por parte del empresario⁹³.

La norma no señala qué plazo de duración tiene el vale o bono que pueda ofrecer el empresario. El apartado cuarto del art. 36, en cuando a los viajes combinados, sí establece un plazo concreto: un año. A falta del mismo hay que pensar que existe libertad para fijar el plazo de vigencia del vale, sin necesidad de establecer un plazo máximo, aunque lo aconsejable es limitarlo y una buena opción podría ser un año con posibilidad de prórroga de una anualidad más.

La forma de la negociación puede generar problemas pues nada advierte la norma al respecto. Es muy recomendable dejar constancia de la negociación, de algún modo. Por ejemplo, que el empresario remita por escrito al consumidor las posibles alternativas que le ofrece. Piénsese que la resolución está condicionada a haber intentado un acuerdo⁹⁴.

Tampoco se establece hasta cuándo debe negociarse. Si el consumidor se niega a aceptar las ofertas del empresario, ¿deja sin efecto el plazo de sesenta días para llegar a un acuerdo? La norma solo se refiere al transcurso de un periodo de 60 días desde la solicitud de resolución. Es evidente que mientras existan ofertas existe negociación. Ante una negativa cabe presentar nuevas ofertas, y una inicial negativa no implica que se considere que la negociación está definitivamente cerrada⁹⁵. La doctrina está dividida en este tema, unos consideran que el consumidor debe esperar el transcurso

⁹³ GOMEZ POMAR, «Un primer análisis...», *loc cit*, pp. 1450 y 1451; GENUZA y GOMEZ POMAR, «Los instrumentos...», *loc cit*, p. 575, «Para conjugar los intereses del empresario y consumidor, especialmente en los casos de entregas de bonos por cancelación de viajes, los autores apuntan a la posibilidad de hacer el bono inmediatamente redimible a cargo del Estado, de modo que el consumidor pudiera recibir su importe directamente de la agencia tributaria, y esta obtener un crédito frente al emisor del bono pagadero». En la misma órbita se manifiesta CARRASCO PERERA, «El bono COVID...», *loc cit*, p. 3, al sugerir que el bono se convierta en un título valor. Es buena opción si el importe del bono tiene cierta entidad, de lo contrario puede ser más caro los costes de su gestión a la administración que el importe en sí.

⁹⁴ Como señala ÁLVAREZ LATA, «¿Está el consumidor obligado...?», *loc cit*, p. 2 y 3, «en la hipótesis de un comportamiento absolutamente pasivo u omisivo del consumidor ante la oferta alternativa del empresario, no se cumpliría en sus estrictos términos la condición del art. 36.1 y no cabría entender que por parte del consumidor -el sujeto verdaderamente interesado en probar el cumplimiento de la condición- se ha intentado, sobre la base de la buena fe, la restauración de los intereses del contrato. Otra cosa es que el empresario nada proponga y ofrezca en esa revisión, en cuyo caso se presume que se aviene tácitamente a la solicitud de resolución del consumidor, o actúe impidiendo el cumplimiento de la condición -imponiendo su propuesta y evitando la alternativa del consumidor-, siendo entonces que se tendrá por cumplida ex art. 1119 CC».

REYES LÓPEZ, «Las Pretendidas medidas...», *loc cit*, p. 574, advierte que «si no se acredita dicho fracaso [el de la negociación], tampoco se podrá dar el contrato por resuelto y, por tanto, pasa a ser un requisito previo».

⁹⁵ Según GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «Aspectos prácticos...», *loc cit*, p. 5, debe examinarse, además, la buena fe del empresario pues no existirá si éste prolongara artificialmente los 60 días por el mero hecho de obtener más tiempo para devolver el dinero, incluso atentaría contra la normativa de derecho europeo.

de los 60 días incluso cuando el acuerdo resulte frustrado antes de finalizar dicho plazo⁹⁶. En cambio, otros consideran admisible anticiparse a la terminación de los 60 días cuando se acredite que no fue posible alcanzar un acuerdo⁹⁷.

Creo que puede admitirse que la negociación finalice antes del transcurso de los 60 días, pero si se decide resolver el contrato, el reembolso debe esperar el transcurso de los 60 días. Además, la nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)» de 21 de mayo 2020 afirma que en el caso de que:

«en el *plazo máximo de 60 días* naturales desde la solicitud de cancelación del contrato por parte del consumidor éste no acepte la alternativa propuesta, se deberán reembolsar los importes abonado»⁹⁸.

Al hacer referencia a un «plazo máximo», parece admitir que la negociación puede ser inferior a los 60 días.

Si las partes llegan a un acuerdo, o siendo fieles al precepto, si aceptan «la propuesta de revisión» del contrato, se genera una novación modificativa del contrato (art. 1203 ss Cc) impidiéndose la resolución contractual. El acuerdo puede tener otro contenido, pues es posible, como hemos señalado, que se pacte la entrega de un bono o vale sustitutivo 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»⁹⁹.

⁹⁶ SÁNCHEZ CANO, Y MARTÍNEZ CALVO, «La situación del consumidor ...», *loc cit*, p. 1153.

⁹⁷ CARBALLO FIDALGO, OLALLA, «Medidas de protección de los consumidores en materia contractual en 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», *Noticias Jurídicas*, 2 abril 2020, disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15015-medidas-de-proteccion-a-los-consumidores-en-materia-contractual-en-el-real-decreto-ley-11-2020-de-31-de-marzo-por-el-que-se-adoptan-medidas-urgentes-complementarias-en-el-ambito-social-y-economico-para-hacer-frente-al-covid-19/> [fecha consulta 22 noviembre 2020]; o REYES LÓPEZ, «Las pretendidas medidas...», *loc cit*, p. 575, recortando el plazo se «impediría la aparición de situaciones abusivas causadas por la inactividad del empresario y resultaría más favorable para el consumidor».

⁹⁸ En el mismo sentido se expresa la nota del Ministerio de Consumo de 2 de abril 2020 y 7 de mayo 2020.

⁹⁹ MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 14; «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 10, o en «Derechos del consumidor...», *loc cit*, p. 63. En sentido similar GARCIA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, «Restaurar la reciprocidad...», *loc cit*, p. 2.

Pasados los sesenta días de negociación, si las partes no han llegado a un acuerdo, el consumidor tendrá derecho a pedir el reembolso del pago¹⁰⁰.

Si el empresario no acepta la resolución del contrato, deberá ratificarse judicialmente y deberá probarse que se ha producido una imposibilidad de cumplir y acreditar que pese a la propuesta/s de revisión ofrecidas por cada una de las partes, sobre la base de la buena fe, no ha sido posible conseguir una solución que restaure la reciprocidad de intereses del contrato¹⁰¹.

La norma no establece excepciones a la necesaria negociación, por ejemplo, cuando la fecha pactada de entrega era esencial¹⁰². Es el caso en el que he comprado el vestido de ceremonia que el diseñador no me ha podido enviar y ya ha pasado el día del evento, que tampoco se ha podido celebrar por la situación de estado de alarma. Lo más probable es que lo que le interese a la consumidora es resolver la compraventa del vestido, aunque nada obsta a aceptar su entrega cuando el evento pueda celebrarse, o sustituirse por otro tipo de prenda o bono.

Un breve apunte a estos dos meses necesarios para negociar. Este plazo de 60 días empieza a contar desde el momento que el empresario no puede cumplir su obligación y el consumidor solicita la resolución contractual¹⁰³. Si no puede cumplir al finalizar el estado de alarma, el cómputo de los plazos no presenta problemas. Pero si se incumple durante el estado de alarma, el consumidor lo más probable es que no pudo negociar la revisión del contrato pues no pudo contactar con el vendedor, e incluso al finalizar el estado de alarma, el comercio, quizás, aun no se haya abierto al público. Ciertamente en algunos casos podría negociarse telefónicamente o por mail. En todo caso, durante el estado de alarma este plazo de negociación quedó suspendido hasta el cese del

¹⁰⁰ PEÑA LÓPEZ, «En busca...», *loc cit*, p. 2, considera que «el legislador no quiso o no se atrevió a dar el siguiente paso, concediendo al empresario la facultad de exigir que sea el juez el que determine la nueva reciprocidad que las partes no han sabido o no han querido acordar». Y añade que «después de leer con detenimiento las nueve líneas de las que se compone el artículo, a uno le queda la sensación de que le sobran por lo menos siete. Si lo único que quería el legislador, como a mí me parece, era someter a una moratoria de sesenta días al ejercicio de la facultad de resolver del consumidor, podría haberlo hecho sin más (incluso haciendo ver que el objetivo de dicha moratoria es el de dar tiempo al empresario para convencer a su cliente de mantener la vigencia del contrato por medio de una negociación). Si el autor del art. 36 del Decreto-Ley quería establecer algo más que lo expuesto, con la letra actual del precepto, en mi opinión se ha quedado en un quiero y no puedo».

¹⁰¹ SÁNCHEZ GARCIA, JESÚS, «Comentarios artículo 36 del RDL 11/2020 sobre el derecho de resolución de determinados contratos sin penalización por parte de los consumidores y usuarios», Abogacía Española. Consejo General, 13 mayo 2020, Disponible en <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/comentarios-articulo-36-del-rdl-11-2020-sobre-el-derecho-de-resolucion-de-determinados-contratos-sin-penalizacion-por-parte-de-los-consumidores-y-usuarios/> [fecha consulta 25 noviembre 2020].

¹⁰² MARÍN LÓPEZ, M.J., «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 9.

¹⁰³ MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 27; «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 10, considera que el plazo de 60 días no se puede suspender porque no es un plazo de caducidad, ni de prescripción ni procesal, por lo que no cabe su suspensión decretada en la DA 4 del RD-Ley 463/2020. (idem MARÍN LÓPEZ, M.J., en conferencia on line: «Aspectos sustantivos...», *loc cit*).

mismo, pues a las partes les resultó complicado coincidir para poder negociar por las limitaciones impuestas a no ser que logren hacerlo telemáticamente. En el próximo epígrafe incidiremos en ello.

Para terminar, una referencia a los contratos a futuro. Qué sucede con un contrato cuyo cumplimiento es futuro (por tanto, no lo puede exigir aun el consumidor), pero el empresario no se ha manifestado sobre la posibilidad de poder atenderlo. Es decir, el empresario sabe ya (por las medidas existentes) que no podrá cumplir el contrato. El empresario debería poner en conocimiento del consumidor esta imposibilidad sin necesidad de esperar a alcanzar la fecha de cumplimiento del contrato. La omisión deliberada de esta circunstancia supondría una actuación de mala fe por su parte. En este caso, según RIBÓN SEISDEDOS¹⁰⁴:

«si el término de cumplimiento es futuro, para el inicio del plazo de negociación de 60 días podemos encontrarnos a su vez en dos escenarios. El primero cuando el empresario razonablemente alberga la convicción de poder llegar a ofrecer el servicio. Y el segundo, cuando debido a las consecuencias de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma, ya sabe positivamente que no será capaz de cumplir su compromiso inicial. En el primero de los casos, el término de 60 días no comenzará a computarse hasta que se constata el incumplimiento o el empresario le notifica, próximo a esta fecha, su imposibilidad. En el segundo término, en nuestra opinión no podrá acogerse al beneficio del periodo de 60 días por la transgresión de la buena fe y vendrá obligado a la restitución inmediata de contraprestaciones si así lo exige el usuario al no tener encuadre dentro de este polémico art. 36».

4.4.2. Plazo para resolver el contrato

Para ejercer la resolución del contrato se establece un escaso plazo de tiempo: 14 días desde la imposibilidad del cumplimiento. Este escaso plazo quizás se deba al interés en conservar los contratos, pero es criticable por su brevedad y problemas que puede generar¹⁰⁵. El plazo es muy breve si lo comparamos con los 5 años de plazo general de prescripción (para las acciones personales que no tengan plazo especial), o el plazo de 3 años para resolver el contrato en los supuestos de falta de conformidad. Y también es muy breve si lo comparamos con los 60 días de negociación.

¹⁰⁴ RIBÓN SEISDEDOS, «Conflictos que se avecinan...», *loc cit*, p. 4.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «Aspectos prácticos...», *loc cit*, p. 2, comentando la cancelación de eventos culturales, echa de menos más claridad en la norma, por ejemplo «desde el momento que es eficaz la declaración del estado de alarma y sus prórrogas. También desde el momento en que se comunica por el organizador del evento su cancelación. Si el momento del cómputo fuera el de la fecha prevista para el evento que finalmente se cancela, también podría haberse redactado de esta forma». Aunque critica que la fecha sea la prevista para la celebración del evento, pues no se entiende que el consumidor tenga que esperar hasta dicha fecha para reclamar la devolución. A título de ejemplo menciona los festivales Sónar y Primavera Sound previstos para junio de 2020, pues desde mucho antes se anunció su cancelación debido a la pandemia ¿hay que entender que los que adquirieron las entradas deben esperar a la fecha prevista de su celebración para reclamar el reembolso? Defiende que la fecha de inicio coincida con el momento en que se conoce que el evento no va a celebrarse, que puede coincidir con la declaración del estado de alarma o sus prórrogas o cuando el organizador anuncia la cancelación del evento.

Los 14 días recuerdan el plazo de desistimiento del art. 71.1 TRLGDCU, pero no es un desistimiento lo que prevé el art. 36, pues en este precepto el empresario no puede cumplir por fuerza mayor y en los supuestos de desistimiento, el empresario cumple y el consumidor se desvincula del contrato sin alegación de causa¹⁰⁶.

Se señala que se trata de un plazo de caducidad, por lo que transcurrido el plazo el consumidor ya no podrá reclamar la devolución del precio y el empresario se libera¹⁰⁷.

Este plazo es uno de los más polémicos del art. 36 DR-Ley 11/2020¹⁰⁸ y prueba de ello son las diversas modificaciones que ha sufrido por su falta de precisión. En la versión originaria del art. 36.1 del RD ley 11/2020, que entró en vigor el 2 de abril de 2020, se afirmaba lo siguiente:

«Si como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma los contratos suscritos por los consumidores y usuarios, ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, resultasen de imposible cumplimiento, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días».

La norma no matizaba si los 14 días empezaban desde el momento de la imposible ejecución del contrato o tras el intento de negociación. En esos momentos se defendió, por ser más favorable para el consumidor, que el inicio de estos 14 días era desde que se había intentado el acuerdo y no se había conseguido y esto no podía ocurrir antes del transcurso de 60 días. Primero negociar, después resolver¹⁰⁹.

¹⁰⁶ MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 16; «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 13.

¹⁰⁷ MARÍN LÓPEZ, M.J., conferencia *on line*: «Aspectos sustantivos...», *loc cit*, (aunque en «Derechos del consumidor...», *loc cit*, pp. 65, parece decantarse por considerarlo un plazo de prescripción); GONZÁLEZ FERNÁNDEZ «Aspectos prácticos...», *loc cit*, p. 2; REYES LÓPEZ, «Las Pretendidas medidas...», *loc cit*, p. 574.

¹⁰⁸ RIBÓN SEISDEDOS, «Conflictos que se avecinan...», *loc cit*, p. 4, afirma que «la fugacidad del plazo para el ejercicio de los derechos de los consumidores ante el incumplimiento del contrato resulta contrario al principio comunitario de efectividad, en virtud del cual los derechos subjetivos deben ser ejercidos en condiciones que garanticen su plena realización ante los tribunales. Así, este principio ha forzado a inaplicar plazos procesales excesivamente breves, e incluso a crear, ex novo, cauces jurisdiccionales para dar sentido a los derechos de los ciudadanos, tal como sucedió en el conocido asunto Grunding italiana, del año 2002. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia consideró que el plazo previsto en la legislación italiana para ejercer el cobro de lo indebido era breve en exceso. El Tribunal de Luxemburgo no tuvo reparo, incluso, en establecer positivamente cuál era el plazo adecuado para el caso concreto, llegando a incorporar en su fallo un plazo de seis meses que sustituiría el plazo originalmente contemplado por el legislador italiano».

¹⁰⁹ Así lo defendió MARÍN LÓPEZ, M.J., «Efectos del COVID-19...», *loc cit*, p. 13, cuando estaba en vigor la primera versión del artículo y lo recuerda en «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 17, pero advirtiendo el cambio con la reforma del art. 36 por RD-Ley 15/2020. En el mismo sentido RIBÓN SEISDEDOS, «Conflictos que se avecinan...», *loc cit*, p. 4.

Esta interpretación es más favorable para el consumidor. MARÍN LÓPEZ, M.J., consideraba que computar el plazo de los 14 días desde el momento de la imposible ejecución del contrato carece de sentido, pues podría suceder que el plazo 14 días ya hubiera transcurrido al publicarse la norma en el BOE (2 de abril),

En cambio, la nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)» de 2 de abril de 2020, interpretando el derecho de resolución de contratos, afirmaba que el consumidor tiene derecho a resolver el contrato sin penalización «en el plazo de 14 días a contar desde la finalización del estado de alarma y sus prórrogas»¹¹⁰.

Sin embargo, este apartado primero del art. 36 se reformó en la Disposición final décima del RD Ley 15/2020 (entró en vigor el 23 de abril de 2020):

«Si como consecuencia de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma los contratos suscritos por los consumidores y usuarios, ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo, resultasen de imposible cumplimiento, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato durante *un plazo de 14 días desde la imposible ejecución del mismo*»¹¹¹.

Aquí el legislador sí señala el momento a partir del cual se computan los 14 días: «desde la imposible ejecución del mismo». El consumidor deberá ejercitar la resolución del contrato en el plazo de catorce días, pero solo se podrá resolver el contrato si se

pues el RD Ley 463/2020 que declara el estado de alarma es el que hace imposible el cumplimiento del contrato (se cierran establecimientos y se impide salir a los ciudadanos excepto para lo imprescindible) y entró en vigor el 14 de marzo de 2020.

Por su parte, la Generalitat Valenciana en «Comentarios de urgencia al artículo 36 del 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», 2 abril 2020, comentario al art. 36.1, c). Disponible en : <http://www.indi.gva.es/documents/161328197/169725003/Comentarios+RDL+11+2020/1863c85d-c1ee-42f3-97f0-faa9c8dc4f8c>. [fecha consulta 23 noviembre 2020], teniendo en cuenta la primera versión del precepto afirma que «se ha de presentar una reclamación en el plazo de 14 días desde que se tiene conocimiento de la imposibilidad de ejecución o cumplimiento del contrato».

¹¹⁰ Así lo expresa al explicar en el apartado 8 relativo a la resolución de contratos de compraventa de bienes, disponible en <https://www.covb.cat/pdf/2020/coronavirus/2020-04%20-02-derechos-consumidores-covid-19.pdf> [fecha consulta 9 diciembre 2020].

Y en la nota informativa del ministerio de consumo «sobre la tramitación de reclamaciones por parte de las administraciones de consumo para la tramitación de las reclamaciones con motivo de la crisis sanitaria motivada por el covid-19», disponible en <file:///C:/Users/etorr/Downloads/NOTA+ACLARATORIA+C%C3%93MPUTO+PLAZOS+RECLAMACIONES+CONSUNSUMO.pdf>, de 13 abril 2020, [fecha consulta 13 diciembre 2020], afirma: «En el supuesto de que el consumidor se dirija al empresario antes de la finalización del estado de alarma, el plazo de 60 días para alcanzar el acuerdo entre las partes empezaría a correr, puesto que la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 463/2020 opera únicamente respecto de la prescripción del plazo para el ejercicio del derecho, pero no suspende la posibilidad de ejercitar derechos».

¹¹¹ Según el Preámbulo VI del RD Ley 15/2020, consciente de la confusa redacción del art. 36 advierte: «es necesario clarificar la redacción para determinar con máximo rigor el momento de nacimiento de los derechos. Así, se establece que el “dies a quo” del derecho a resolver el contrato es aquel en que resulta imposible su ejecución y el “dies ad quem” a los 14 días de aquel. En este sentido, se establece que el plazo de 60 días para entender que no se ha llegado a un acuerdo entre las partes empezará a computar en el momento en que el consumidor o usuario solicita la resolución del contrato, pues es en ese momento cuando el empresario tiene conocimiento oficial del hecho».

demuestra que no se ha podido alcanzar un acuerdo o si el empresario ha dejado transcurrir los sesenta días sin negociar¹¹².

El nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)» de 7 y 21 de mayo de 2020, interpretando el derecho de resolución de contratos de compraventa de bienes, afirman que el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato sin penalización «desde la imposible ejecución del contrato y hasta 14 días naturales tras la finalización del estado de alarma y sus prórrogas»¹¹³.

CARRASCO PERERA advierte que la norma es inútil, pues «los 14 días ya habían pasado el 2 de abril de 2020 (*fecha que entra en vigor el RD Ley 11/2020*) y, desde luego, han pasado el 23 de abril de 2020 (*fecha que entra en vigor el RD Ley 15/2020*), porque habían empezado a correr como poco, el 14 de marzo (*fecha que se declaró el estado de alarma*¹¹⁴)». El autor considera que sería más coherente que el plazo de 14 días se iniciara al entrar en vigor el RD ley 15/2020, esto es, el 23 de abril, pero, aunque así fuera, la norma no le deja indiferente, pues se exige que el consumidor sea muy avisado y estar atento a los plazos, pues tiene 14 días para resolver, esperar 60 días de negociación y si no se llega a un acuerdo, «confirmar la resolución»¹¹⁵.

No obstante, un atropello más a la razón. La anterior reforma del artículo es temporal (estuvo en vigor del 23 de abril al 10 de junio de 2020, apenas mes y medio), pues el art. 36.1 se reforma de nuevo en la Disposición final 5.1 del RD Ley 21/2020, que entra en vigor el 10 de junio de 2020:

¹¹² REYES LÓPEZ, «Las Pretendidas medidas...», *loc cit*, p. 574.

¹¹³https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVI_D19_Nota_derechos_consumidores.pdf y [file:///C:/Users/etorr/Downloads/Actualizacion-nota-derechos-consumidores-21-5-20%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/etorr/Downloads/Actualizacion-nota-derechos-consumidores-21-5-20%20(2).pdf) [fecha consulta 9 diciembre 2020], respectivamente.

Observamos que se añade que se trata de días naturales.

En la nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)», de 3 junio 2020, se afirma: «tendrá derecho a resolver el contrato sin penalización hasta 14 días naturales tras la imposibilidad de ejecutar el contrato. Si este hecho se produjo entre el 14 de marzo y el 4 de junio, el plazo de 14 días naturales empezará a computar a partir del 4 de junio».

¹¹⁴ Las cursivas son mías.

¹¹⁵ CARRASCO PERERA, ÁNGEL, «Este bucle es intrincado. El art. 36.1 Real Decreto-Ley 11/2020 (COVID) pasa por tercera vez por la peluquería del BOE», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 14 junio 2020, p. 3. Disponible en:

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Este_bucle_es_intrincado._El_art._36.1_Real_Decreto-Ley_112020_COVID_pasa_por_tercera_vez_por_la_peluqueria_del_BOE.pdf

El autor destaca lo inútil que resulta el precepto con esta interpretación. Y señala que «no puede alegarse la Disposición adicional cuarta del RD Ley 463/2020 según la cual los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren», pues esta norma no se aplica a los plazos que se establecen *ex novo* para que sea eficaz una consecuencia jurídica dictada para el propio estado de alarma, como es el caso.

«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*».

En cuando a las medidas adoptadas que han imposibilitado la ejecución del contrato son las medidas de contención previstas en el RD Ley 463/2020 vigentes durante todo el estado de alarma (del 14 de marzo al 21 de junio 2020).

Según la nueva redacción los 14 días para solicitar la resolución empiezan a computarse desde el momento que el empresario no pueda ejecutar el contrato debido a las medidas acordadas durante el estado de alarma y siempre que estas medidas se mantengan. En este sentido, el tiempo y momento de la inejecución es irrelevante, porque, al ser decisiva la duración de las medidas, supone que el plazo empezará a correr, en principio, el 21 de junio (día que finalizó el estado de alarma)¹¹⁶. O quizás más tarde si las medidas se prorrogan durante la desescalada (muchos establecimientos han permanecido cerrados o con normas adaptadas a la desescalada que han limitado su normal funcionamiento). En todo caso, la solución más digna que ve CARRASCO PERERA al art. 36 es su derogación con efectos retroactivos.

También se ha alegado que:

«el *dies a quo* no puede fijarse, en perjuicio del consumidor, antes de los 60 días desde la imposibilidad de ejecución, pues una inicial negativa a una propuesta de revisión podría ser considerada por las partes en el plazo de 60 días»¹¹⁷.

Respecto a este plazo, el Ministerio de Sanidad, en *el Plan de transición hacia una nueva normalidad: respuestas a preguntas frecuentes*¹¹⁸ afirma que «el consumidor

¹¹⁶ CARRASCO PERERA, «Este bucle es intrincado...», *loc cit*, p. 5. El autor defiende una redacción más clara y directa del precepto. Y expone con clara evidencia las peculiaridades que se dan si las medidas han cesado, pero no la imposibilidad objetiva de cumplimiento. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «Aspectos prácticos...», *loc cit*, p. 5, señala que, ante la falta de evidencia del momento de inicio del ejercicio del derecho resolutorio «el levantamiento de la suspensión de plazos de caducidad y prescripción permite concluir que a partir del 4 de junio n a correr los plazos para eventos que deberían haberse celebrado antes de esa fecha».

¹¹⁷ CARBALLO FIDALGO, «Medidas de Protección de los consumidores...», *loc cit*, p. 2.

¹¹⁸ Ministerio de Sanidad, en *el Plan de transición hacia una nueva normalidad: respuestas a preguntas frecuentes*, 3 de mayo de 2020, disponible en:

https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Preguntas_y_respuestas_plan_nueva_normalidad.pdf [fecha consulta 5 diciembre 2020].

En sentido similar con lenguaje más técnico, la nota del Ministerio de consumo de 7 y 21 de mayo: «desde la imposible ejecución del contrato y hasta 14 días naturales tras la finalización del estado de alarma y sus prórrogas». El Gobierno de Aragón, Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por la COVID-19. Resolución de contratos de compraventa de bienes, 9 junio 2020, disponible

tiene derecho a renunciar a su compra “desde el momento en que el producto no se puede entregar hasta 14 días tras la finalización del estado de alarma y sus prórrogas»¹¹⁹.

Y en la nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)» 21 de mayo de 2020, interpretando la suspensión de los plazos afirma:

«Durante la vigencia del estado de alarma y sus posibles prórrogas, se suspenden los plazos de prescripción y caducidad para el ejercicio de cualesquiera acciones o derechos (como el derecho de resolución de los contratos, el derecho de desistimiento en los supuestos legalmente previstos, o el derecho de garantía del consumidor y usuario en el supuesto de falta de conformidad, garantía legal o comercial, de los productos)».

Cabe preguntarse qué sucede si el empresario se adelanta a la comunicación resolutoria del consumidor ofertándole una solución y pasados los 60 días no llegan a un acuerdo. No significa que empiece entonces el plazo de 14 días para instar la resolución. Si el consumidor no ha planteado la resolución en el plazo de 14 días, perderá la acción correspondiente pasados los 60 días¹²⁰.

Llegados a este punto solo podemos poner en evidencia la confusión generada por la normativa cambiante respecto al plazo de los 14 días, a lo que se une un sinfín de notas interpretativas emitidas por el Ministerio de consumo. Resulta muy elocuente el título elegido por Carrasco Perera comentando este plazo: «Este bucle es intrincado», y si el imposibilidad de cumplimiento se produjo durante el estado de alarma, me sumo a su interpretación según la cual se trata de 14 días «a contar desde la cesación de las medidas normativas causantes de la imposibilidad»¹²¹.

4.5. Efectos de la resolución contractual (art. 36.2 RD-Ley 11/2020)

Según el art. 36.2 RD-Ley 11/2020, en los supuestos en que el cumplimiento del contrato resulte imposible, «el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas». Pero la devolución del precio es un efecto de la resolución del contrato, circunstancia por la cual el art. 36.2 solo opera cuando se ha resuelto el contrato por no

en : <https://www.aragon.es/-/derechos-consumidores-covid19#anchor4>, precisa más: «el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato sin penalización hasta 14 días naturales tras la imposibilidad de ejecutar el contrato. Si este hecho se produjo entre el 14 de marzo y el 4 de junio, el plazo de 14 días naturales empezará a computar a partir del 4 de junio». *Idem* en la web de la Presidencia del Gobierno (<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/consumo/Paginas/2020/040620-web.aspx>) [fecha consulta 9 diciembre 2020]: «A partir del 4 de junio, también comienzan a contar los 14 días naturales previstos en el artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020 para la resolución de contratos».

¹¹⁹ REYES LÓPEZ, «Las pretendidas medidas...», *loc cit*, p. 574, considera que en cualquier caso el plazo de 14 días se ha quedado en suspenso durante la vigencia del estado de alarma (DA cuarta RD Ley 463/2020 de 14 marzo). En el mismo sentido, SÁNCHEZ GARCÍA, «Comentarios artículo 36 del RDL 11/2020...», *loc cit*.

¹²⁰ GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «Aspectos prácticos...», *loc cit*, p. 3.

¹²¹ CARRASCO PERERA, «Este bucle es intrincado...», *loc cit*, p. 5

haber llegado a un acuerdo de revisión en el plazo de 60 días. Solo podrá solicitarse la devolución del precio si realmente se ha abonado por parte del consumidor, ya sea de forma total o parcial. Y las partes ya no estarán obligadas a ejecutar futuras prestaciones que tuvieran su origen en ese contrato¹²².

No obstante, MARTÍNEZ GÓMEZ, se plantea si el precepto acoge también aquellos casos en los que el consumidor aún no ha pagado y transcurre el plazo de 14 días sin ejercer la acción resolutoria. Advierte que lo mejor sería negociar para proteger los intereses del consumidor, en primer lugar, y los del empresario, ya que, por una parte, la caducidad del plazo de resolución llevaría al consumidor a pagar la totalidad del precio cuando el empresario cumpla (tardíamente), pues no ha podido desvincularse del contrato; y, por otra parte, si el empresario no prueba que la imposibilidad de cumplimiento es consecuencia de las medidas adoptadas para hacer frente al COVID-19, sería de aplicación el art. 1124 CC, con un plazo de prescripción de 5 años, plazo suspendido por la DA 4ª del RD 463/2020, o la normativa de consumo. Pero considera que el precepto no alcanza a tales casos, pues sería totalmente inequitativo que el consumidor, que no ha pagado aún la prestación imposible de la otra parte, quede obligado a pagar por el sólo hecho de que no resolvió el contrato en un plazo de 14 días¹²³.

Los efectos de la resolución son los siguientes:

a) «El empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario [...] en la misma forma en que se realizó el pago»

Es el efecto típico de la restitución de las prestaciones. Es una cláusula habitual que la devolución del dinero sea de la misma forma que se proporcionó. Por ejemplo, a través de tarjeta de crédito o dinero físico.

La norma parece excluir la posibilidad de exigir cualquier tipo de indemnización distinta a la del mero reembolso¹²⁴. Es coherente si pensamos que la fuerza mayor exonera la responsabilidad.

Se ha planteado que, si cualquiera de las partes hubiese obtenido un beneficio o provecho como resultado del contrato y previamente a la terminación del mismo, debido a cualquier acto de la otra parte, realizado en ejecución del contrato, deberá

¹²² MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 20; «Efectos del COVID.19...», *loc cit*, p. 15. Es partidario de no aplicar el art. 36 RD-Ley 11/2020 en los supuestos en que el empresario no tenga que devolver precio alguno (no ha pagado el consumidor) tras la resolución del contrato (p. 8).

¹²³ MARTÍNEZ GÓMEZ, «¿Y si todavía...?», *loc cit*, p. 2, considera que, «el art. 36.1 no sería de aplicación en aquellos casos en los que el consumidor aún no ha pagado. En dichos supuestos cabrían dos soluciones: i) en el caso de estar ante un cumplimiento retardado que frustre el fin del contrato (incumplimiento definitivo), el consumidor podrá resolver el contrato conforme al art. 1124 CC o la normativa de consumo aplicable a la materia, quedando liberado de ejecutar su contraprestación; ii) en el caso de que el incumplimiento sea temporal y no esencial, el consumidor puede suspender el contrato y la consiguiente obligación de pago».

¹²⁴ REYES LÓPEZ, «Las pretendidas medidas...», *loc cit*, p.575.

compensar a la otra parte mediante el pago de una suma equivalente al valor del beneficio obtenido. Es decir, deberá garantizarse el equilibrio de las prestaciones entre ambos contratantes, mediante el consiguiente reparto de los beneficios (naturales o por el valor equivalente), en caso de ser necesario para alcanzar esta finalidad¹²⁵.

b) Deben descontarse de la devolución los «gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor»

El empresario devolverá la cantidad pagada por el consumidor por el bien o servicio, pero de dicho precio restará los «gastos incurridos».

«Gastos incurridos»¹²⁶ pueden ser aquellos gastos que no forman parte de los ingresos del empresario, como los gastos de envío, las comisiones que debe abonar el empresario al emisor de la tarjeta de crédito si el consumidor ha pagado con tarjeta; gastos de cancelación, etc.¹²⁷ Y respecto a estos gastos deducibles el empresario deberá acreditarlos documentalmente al consumidor (certificado bancario, factura de los gastos de envío, etc.).

El Ministerio de Sanidad, en *el Plan de transición hacia una nueva normalidad: respuestas a preguntas frecuentes*¹²⁸, hace referencia a los «gastos incurridos» como *los gastos ocasionados por el reembolso que deberán estar convenientemente desglosados y que, en ningún caso, podrán suponer una penalización»*.

Llama la atención que en los casos que existe falta de conformidad (art. 121.1 TRLGDCU), la restitución es total, sin retención alguna¹²⁹. En cambio, aquí puede retener gastos. Esto es contrario a la Directiva de 2011/83/UE sobre los Derechos de los consumidores o a la directiva 2019/771 (art. 16.3)¹³⁰.

¹²⁵ Así lo ponen de evidencia en la propuesta de regulación Derecho de desastres y contratos, JEREZ, KUBICA Y RUDA, «Covid-19, fuerza mayor y contrato...», *loc cit*, p. 1497. Puede verse también sobre el tema, SÁNCHEZ LORENZO, S. *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 424.

¹²⁶ Generalitat Valenciana en «Comentarios de urgencia al artículo 36...», *loc cit*, se afirma que es un concepto indeterminado. No se habla de gastos «justificados», por lo que podrá existir una diferencia de consideraciones entre las partes.

¹²⁷ La posibilidad de detraer del reembolso determinados gastos no especificados en el texto incide en que lo que el legislador ha pretendido ha sido más bien suavizar los efectos adversos de la pandemia que sufran los empresarios y no realmente los consumidores. Así lo afirma GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, «Aspectos prácticos...», *loc cit*, p. 2., respecto a los organizadores de eventos.

¹²⁸ *Plan de transición hacia una nueva normalidad...*, *loc cit*.

¹²⁹ Recordemos también el art. 21 TRLGDCU: «La devolución del precio del producto habrá de ser total en caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos revistos en el título V del libro II».

¹³⁰ MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 21 y 36; «Efectos del COVID.19...», *loc cit*, p. 16 y 23, o en «Derechos del consumidor...», *loc cit*, p. 68, considera que el hecho de que el vendedor pueda retener cantidades es contrario a la normativa comunitaria pues «si el contrato está dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE y el consumidor está facultado para resolver

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid de 12 de enero de 2020 (Roj: SJPI 2/2021) es de las primeras que resuelve un supuesto de resolución previsto en el art. 36 RD-Ley 11/2020. Se trata del encargo de un vestido de novia por un precio de 2.100 euros, del que se abonó 1.050 euros. La consumidora (parte actora) solicita la resolución del contrato de compra o el desistimiento en tanto que la boda, programada para el día 22 de agosto de 2020, se suspendió debido a la situación sanitaria. Es por ello que solicita la restitución de los 1.050 euros, ofreciéndose al pago de los gastos en los que se hubiera incurridos por el pedido. El vendedor se niega a la resolución, pues se pactó que no podía cancelarse ni exigir las cantidades entregadas a cuenta y no era aplicable la normativa generada por la pandemia dado que la boda podía celebrarse. La sentencia condena a la vendedora a restituir los 1.050 euros entregados a cuenta más los intereses legales desde la interpelación judicial. Considera aplicable el derecho de resolución del art. 36 RD-Ley 11/2020 y:

«en compensación a este derecho, el vendedor deberá resolver la suma recibida, pero podrá descontar los “gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor”. En suma, la situación de alarma puede imposibilitar el cumplimiento de los contratos, pero de cara a garantizar el equilibrio de las prestaciones, el vendedor o el que presta los servicios puede también exigir el pago de los costes que ha asumido (...). Y esta compensación es la que permite a su vez desistir del contrato. En suma, si se ofrece a abonar los gastos que se han afrontado, no puede exigirse al contratante que el contrato se consume en todo caso, aunque se lleve a cabo más adelante. El propio artículo también lo indica cuando condiciona a la voluntad del consumidor que acepte lo que denomina “vales”».

Considera, además, que el derecho de resolver está íntimamente ligado al derecho del vendedor a exigir el coste o gastos que ha asumido. El vendedor afirma que el vestido se encargó, confeccionó y pagó a un diseñador antes del «desistimiento» del contrato de compraventa. El problema es que no se aporta ni factura, ni importe, ni justificante del pago al diseñador, «hecho que hubiera permitido a la demandada compensar el citado importe de la cantidad que se reclama».

c) En cuanto al plazo máximo para la restitución de las sumas abonadas es de 14 días¹³¹. No será necesario que el consumidor solicite el reembolso, sino que este debe ser automático. Añade el precepto que el plazo máximo de restitución es de 14 días, «salvo aceptación expresa de condiciones distintas por parte del consumidor y usuario». ¿A qué condiciones distintas se refiere? Puede referirse a la sustitución del reembolso por un bono o vale o lo que se haya pactado¹³², o referirse a condiciones que versan sobre cualquiera de las reglas del art. 36.2: la forma de devolver el precio,

el contrato porque el empresario no entrega el bien en la fecha pactada, el consumidor tiene derecho a obtener el importe íntegro del precio abonado, al margen de lo que disponga el art. 36.2».

¹³¹ Parece haberse inspirado en el art. 76 bis 2 TRLGDCU, sobre el plazo de devolución de cantidad una vez ejercido el derecho de desistimiento. Y hubiera sido mejor inspirarse en el art. 110.1 TRLGDCU.

¹³² Así lo ha interpretado la Generalitat Valenciana en «Comentarios de urgencia al artículo 36...», *loc cit*, comentario al art. 36.2, b), que añade en el comentario c), que «hasta transcurridos 60 días desde la imposible ejecución (no desde la reclamación) se tendrá derecho al reembolso».

los gastos incurridos que puede retener el empresario o el plazo de 14 días¹³³. Creo que ambas interpretaciones son correctas, y lo importante es la «aceptación expresa» del consumidor, pero habrá que observarse con cautela que no se establezcan cláusulas abusivas¹³⁴.

El artículo 36.2 RD Ley 11/20, no establece una sanción por el incumplimiento de la devolución en 14 días por parte del empresario, a diferencia de los arts. 76 bis.2 y 110.2 TRLGDCU¹³⁵, sin embargo, hay que considerarlos aplicables.

El plazo de 14 días para el reembolso tras 60 días de negociación es excesivo. La norma se aleja del art. 66 bis 3 TRLGDCU: «cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y usuario en virtud del mismo». Si entendemos que el fin de la negociación confirma la resolución si no se ha llegado a un acuerdo para mantener el contrato, hubiera sido mejor la aplicación de este precepto¹³⁶.

d) La rúbrica del precepto, además, advierte que el derecho de resolución será «sin penalización» para los consumidores y usuario. La redacción no es clara y nada se advierte al respecto en el texto del precepto. ¿En qué penalización está pensando? Supongo que se refiere a la posible sanción por resolver el contrato, a la aplicación de una posible cláusula penal como los llamados compromisos de permanencia, a la posible indemnización por los daños y perjuicios generados, pero en los supuestos de fuerza mayor se excluye la indemnización.

Pero cierta «penalización» para el consumidor sí existe, pues van a su cargo los gastos incurridos.

También puede hacer referencia a posibles arras que se hubieran estipulado en el contrato, las cuales quedarían sin efecto. Si son confirmatorias, las partes decidirán

¹³³ MARÍN LÓPEZ, M.J., «Protección del consumidor...», *loc cit*, p. 22; «Efectos del COVID.19...», *loc cit*, p. 17, o «Derechos del consumidor...», *loc cit*, p. 69.

¹³⁴ RIBÓN SEISDEDOS, «Conflictos que se avecinan...», *loc cit*, p. 6, «Es obvio, que esas supuestas condiciones siempre serán peores para el consumidor, puesto que de lo contrario ningún sentido tendría la previsión legal. Esto es, se abandona el carácter irrenunciable de los derechos que se proclama en los artículos 10, 86.7 y 87.6 TRLGDCU. La experiencia constata que la introducción de la posibilidad de renuncia a derechos en materia de consumo, es terreno abonado para el florecimiento de cláusulas abusivas que impongan tales renunciaciones por vía adhesiva. Esta incitación soterrada a otras fórmulas de mayor amplitud para el empresario se presenta además innecesaria al haberse establecido en el apartado primero del art. 36 la posibilidad de fórmulas de revisión abiertas (podrán abarcar, entre otras...)».

¹³⁵ Estos artículos facultan al consumidor para reclamar la suma duplicada y además que se le indemnicen los daños y perjuicios.

¹³⁶ SÁNCHEZ CANO, Y MARTÍNEZ CALVO, «La situación del consumidor...», *loc cit*, p. 1154. Tienen razón los autores cuando advierten que este nuevo plazo de 14 días para realizar el reembolso es excesivo «pues no parece que a estas alturas quede nada que negociar entre las partes, y, además, hay que tener en cuenta que el consumidor ya ha debido esperar previamente un plazo de 60 días para poder obtener el reembolso».

modificar las circunstancias de tiempo y lugar de cumplimiento dado que la normativa COVID imposibilita el cumplimiento tal como estaba estipulado o aplicar los remedios previstos en el contrato, si los hubiera, llegando incluso a la resolución. Si las arras fueran penales, sería de aplicación el art. 1105 Cc por estar ante un supuesto de fuerza mayor. Si existieran arras penitenciales, el desistimiento unilateral exoneraría de la sanción pecuniaria.

5. CONCLUSIÓN

A veces es necesario o prudente reaccionar en tiempos de desolación, buscar alternativas para frenar un futuro más desastroso. Hacer frente a ese futuro es labor de todos: consumidores y empresarios, sin olvidar al legislador. Si el consumidor puede soportar una resolución tardía, debe colaborar. Si el empresario puede proceder a la devolución del precio de forma inmediata, debe hacerlo. Pero para suavizar los efectos negativos es preciso un buen uso de las instituciones jurídicas y esta es la labor esencial del legislador.

El art. 36 RD 11/2020, es una regulación ad hoc, realizada con las prisas impuestas por la crisis (pero apresúrate lentamente, «festina lente», como nos recuerdan los muros salmantinos). Ante un imposible cumplimiento debido a las medidas establecidas por un gobierno, optar por la resolución o la suspensión del contrato es una cuestión de política legislativa. En España se ha optado por la resolución, pero tardía y condicionada. El art. 36 admite la resolución contractual en caso de imposible cumplimiento, pero se resiste a hacerse efectiva, pues antes deben agotarse una serie de plazos (14 días para solicitar la resolución, 60 días de negociación y 14 días para restituir). Siempre los plazos.... Si lo que pretende el precepto es convencer a las partes para que mantengan vigente el contrato (es el espíritu del art. 36), podía haberse establecido de manera más clara y directa, sin intentar encajarlo en la normativa protectora de los consumidores, pues no lo es.

La norma a quien pretende favorecer es al empresario pues le otorga un respiro de más de dos meses para restituir si no se llega a un acuerdo, o conseguir mantener el contrato si el acuerdo ha triunfado. Con ello se pretende evitar un desplome económico, o como mínimo ayudar a que el desplome no sea tan grave. La lectura del precepto no debe hacerse desde los parámetros jurídicos existentes. Es una norma de emergencia para unos tiempos de crisis, pero no es correcto ubicar la norma en una sección dedicada a las medidas de protección del consumidor. El ordenamiento jurídico ya protegía al consumidor antes del art. 36.

Unas notas a favor del art. 36: su preocupación por el empresario (pero no debería ser a costa del consumidor), y evitar acudir a los tribunales de justicia. Además, quizás el precepto no es totalmente superfluo, pues parece que se está regulando por primera vez la imposibilidad sobrevenida considerándola como una causa de resolución contractual distinta del incumplimiento. Pero para ello hubiera sido necesario perfilar más el precepto, sin aristas y con un lenguaje deliberadamente más técnico y claro.

Falta una interpretación jurisprudencial del art. 36 RD-Ley 11/2020; el tiempo nos la proporcionará, y la riqueza que nos aportará será considerable. Quizás será esa luz que nos evoca Leonard Cohen, «hay una grieta en todo... así es como entra la luz». En el art. 36 RD-Ley 11/2020 hay muchas grietas.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, MARIANO, «La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico», en *Tratado de Derecho civil, II: normas civiles y derecho subjetivo*, Dir. RAMS ALBESA, Madrid, Iustel, 2014.

ÁLVAREZ LATA, NATALIA, «¿Está el consumidor obligado a aceptar una oferta alternativa razonable?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020, Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/3._NATALIA_ALVAREZ_LATA_-_Esta_el_consumidor_obligado_a_aceptar_una_oferta_alternativa_razonable.pdf

ÁLVAREZ OLALLA, M^a DEL PILAR, «No me cobrarás devengos futuros de contratos de tracto sucesivo. ¿tengo que haber resuelto antes?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/4._PILAR_ALVAREZ_OLALLA_-_No_me_cobraras_devengos_futuros_de_contratos_de_tracto_sucesivo.pdf

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, ed. Montecorvo, 1977.

BERMÚDEZ BALLESTEROS, M^a DEL SAGRARIO, «¿Qué ha sido de las comuniones de mayo?» *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020 Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/6._SAGRARIO_BERMUDEZ_BALLESTEROS_-_Que_ha_sido_de_las_comuniones_de_mayo.pdf

CAÑIZARES LASO, ANA, «La aplicación de la *rebus sic stantibus* en la normativa del estado de alarma», en Enrique Sanjuán y Muñoz (coord.), *Contratos y negocios afectados por la normativa del Estado de alarma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

CARBALLO FIDALGO, OLALLA, «Medidas de protección de los consumidores en materia contractual en 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», *Noticias Jurídicas*, 2 abril 2020, disponible en: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15015-medidas-de-proteccion-a-los-consumidores-en-materia-contractual-en-el-real-decreto-ley-11-2020-de-31-de-marzo-por-el-que-se-adoptan-medidas-urgentes-complementarias-en-el-ambito-social-y-economico-para-hacer-frente-al-covid-19/>

CARRASCO PERERA, ÁNGEL,

- «Al fin la madre de todas las batallas del Covid-19: “Rebus sic stantibus”. Con ocasión de una reciente propuesta institucional», en *Derecho de los desastres: Covid-19*, Tomo II, Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2020, en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 22 mayo 2020, disponible en:

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Al_fin_la_madre_de_todas_las_batallas_del_covid_19-_rebus_sic_stantibus.pdf

- «El bono-COVID emitido por las agencias de viaje en favor de los consumidores», 20 abril 2020, disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-bono-covid-emitido-por-las-agencias-de-viajes-en-favor-de-los-consumidores/>
- «Este bucle es intrincado. El art. 36.1 Real Decreto-Ley 11/2020 (COVID) pasa por tercera vez por la peluquería del BOE», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 14 junio 2020, p. 3. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Este_bucle_es_intrincado._El_art._36.1_Real_Decreto-Ley_112020_COVID_pasa_por_tercera_vez_por_la_peluqueria_del_BOE.pdf

CASASOLA DÍAZ, JOSÉ M^a, «Cláusulas y vinculaciones contractuales», en Enrique Sanjuán y Muñoz (coord.), *Contratos y negocios afectados por la normativa del Estado de alarma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

DE LA MAZA, IÑIGO, Y VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, «Los efectos del incumplimiento contractual causado por caso fortuito en tiempos de pandemia COVID-19», *RDC*, vol. VII, nº 3 (abril-junio 2020), Ensayos.

DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, «Medidas de emergencia y contratos internacionales», *La Ley Unión Europea*, nº 81, mayo 2020.

DÍEZ GARCÍA, HELENA, «¿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»? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 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

ELI Principles for the Covid-19 crisis, 2020, Disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_for_the_COVID-19_Crisis.pdf

ESTRUCH ESTRUCH, JESÚS, «La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*», *RCDI*, n. 760, 2020.

FENOY PICÓN, NIEVES, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera. Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC*, 2010, t. 63, fasc. I.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, ENCARNACIÓN, «La reciente evolución de la jurisprudencia sobre alteración sobrevenida de circunstancias contractuales. Una cuestión de fundamentación y técnica jurídica», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, n. 21, disponible en tirantonline.com, Documento TOL6.265.442.

GARCÍA RUBIO, M^a PAZ, «Medidas regladas en materia de contratos con motivo del covid-19 en España». *RDC*, vol. VII, nº 2, 2020.

GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, «Restaurar la reciprocidad en el art. 36.1 RD 11/2020», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 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

Generalitat Valenciana en «Comentarios de urgencia al artículo 36 del 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», 2 abril 2020, comentario al art. 36.1, c). Disponible en : <http://www.indi.gva.es/documents/161328197/169725003/Comentarios+RDL+11+2020/1863c85d-c1ee-42f3-97f0-faa9c8dc4f8c>

GENUZA, JUAN-JOSÉ Y GÓMEZ POMAR, FERNANDO, «Los instrumentos para intervenir en los contratos en tiempos de COVID-19, Guía de uso», *Indret*, 2.2020.

Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht, de 27 de marzo de 2020.

GREGORACI FERNÁNDEZ, BEATRIZ,

- «El impacto del COVID-19 en el Derecho de contratos español», *ADC*, 2020, vol. 73, nº 2.
- «Covid-19 y Derecho de contratos», *Almacén de derecho*, Julio 8, 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/covid-19-y-derecho-de-contratos>

GOBIERNO DE ARAGÓN, Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por la COVID-19. Resolución de contratos de compraventa de bienes, 9 junio 2020, disponible en : <https://www.aragon.es/-/derechos-consumidores-covid19#anchor4>

GÓMEZ LAGÜIRRE, CARLOS, «Fuerza mayor», Editorial, *Indret* 2.2020.

GÓMEZ POMAR, FERNANDO, «Un primer análisis sobre los instrumentos para prevenir en los contratos en tiempos de COVID-19», en *Derecho de los desastres: Covid-19*, Tomo II, Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2020, pp. 1432.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, FERNANDO, «Aspectos prácticos derivados de la cancelación de eventos culturales durante la pandemia», *Diario la Ley*, n. 9648, 8 junio 2020.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, «Alteración sobrevenida de circunstancias en los contratos sinalagmáticos: de la *rebus sic stantibus* a la alteración extraordinaria de las circunstancias», en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, González Pacanowska y García Pérez (coord.), Cizur Menor, Thomson-Reuters Aranzadi, 2015.

JEREZ, CARMEN - KUBICA, MARÍA Y RUDA, ALBERT, «Covid-19, fuerza mayor y contrato, en el amplio panorama del derecho de los desastres», en *Derecho de los desastres: Covid-19*, Tomo II, Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2020.

LASCURÁIN, JAVIER, «¿La nueva normalidad?», *El Blog de la FundeuRAE*, 6 mayo 2020, disponible en: <https://www.fundeu.es/blog/nueva-normalidad/> [fecha de consulta 8 diciembre 2020].

LEHMANN, MATTHIAS, «Las medidas legislativas alemanas relacionadas con la crisis del COVID-19 en el ámbito del Derecho civil», *RDC*, vol. VII, nº 2, especial (mayo 2020), Ensayos.

LÓPEZ-DÁVILA AGÜEROS, FÉLIX, Compraventa de un inmueble por un consumidor y aplicación del art. 36 del RD-ley 11/2020, de 31 de marzo, disponible en <https://blog.sepin.es/2020/04/compraventa-inmueble-consumidor-y-aplicacion-del-art-36-del-rd-ley-11-2020-de-31-de-marzo/> [fecha consulta 11 diciembre 2020].

LÓPEZ MOLINA, MARIANO, «Lidiando con lo imprevisible. Consecuencias jurídicas, contractuales, de acontecimientos inesperados y posibles soluciones legales», *Diario La Ley*, nº 9630, 12 mayo 2020.

MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS,

- «Efectos del COVID-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD.Ley 11/2020», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 11 abril 2020, disponible en: http://consumo.castillalamancha.es/sites/consumo.castillalamancha.es/files/2020-04/Efectos_del_COVID-19_en_los_contratos_con_consumidores-_el_art_36_del_RD-ley_112020_0.pdf, [fecha consulta 18 diciembre 2020].
- en conferencia on line en webinar: «Aspectos sustantivos y procesales del derecho de resolución de los contratos con consumidores y usuarios regulado en el art. 36 del RDL 11/2020», ICAB, 7 mayo 2020. Disponible en: <https://www.icab.es/ca/formacio/cursos/Conferencia-on-line-Aspectes-substantius-i-processals-del-dret-de-resolucio-dels-contractes-amb-consumidors-i-usuaris-que-regula-larticle-36-del-RDL-11-2020/>. [fecha consulta 15 diciembre 2020].
- «Resolver el contrato para después tener que negociar (art. 36 RD Ley 11/2020)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/22._MANUEL_JESUS_MARIN_LOPEZ_-_Resolver_el_contrato_para_despues_tener_que_negociar_.pdf [fecha consulta 18 diciembre 2020].
- «En el art. 36 RD-ley 11/2020, ¿Está obligado el consumidor a aceptar una oferta alternativa razonable?», *Revista CESCO Derecho de consumo*, 28 mayo 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 [fecha consulta 15 diciembre 2020].
- «¿Cómo se computan los plazos de prescripción y caducidad tras la suspensión de los plazos decretada durante el estado de alarma?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 20 junio 2020, disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Como_se_computan_los_plazos_de_prescripcion_y_caducidad_tras_la_suspension_de_los_plazos_decretada_durante_el_estado_de_alarma.pdf. [fecha consulta 18 diciembre 2020].
- «Derechos del consumidor por incumplimiento del empresario a causa del COVID-19», en Raquel Luquín Bergareche (Dir.), *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Madrid, Wolters Kluwer, septiembre 2020.
- «Protección del consumidor por la pandemia del COVID-19: El art. 36 del RD-Ley 11/2020», *RDC*, vol VII, núm. 5 (octubre-diciembre, 2020).

MARTÍNEZ GÓMEZ, SHEILA, «¿Y si todavía no pagaste al proveedor cuando ya no puedes resolver conforme al art. 36.1 RD-Ley 11/2020?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020, 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 [fecha consulta 23 noviembre 2020].

MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ M., «La ruptura de la economía comercial tras el COVID-19 (un análisis desde el moderno derecho europeo de contratos)», *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº 12 bis, mayo 2020.

MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL:

- Nota al proyecto de Real Decreto-Ley 11/2020 emitido por la Abogacía General de Estado, el 6 abril 2020. http://consumo.castillalamancha.es/sites/consumo.castillalamancha.es/files/2020-04/AE%20art%2036%20RD%2011-2020_0.pdf [fecha de consulta 8 diciembre 2020].
- Nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19), de 2 de abril, disponible en <https://www.covb.cat/pdf/2020/coronavirus/2020-04%20-02-derechos-consumidores-covid-19.pdf> [fecha de consulta 9 diciembre 2020].
- Nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)», de 3 de abril de 2020, disponible en https://www.melilla.es/melillaPortal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_22957_1.pdf [fecha consulta 12 diciembre 2020].
- Nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)», de fecha 7 de mayo 2020, disponible en https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Nota_derechos_consumidores.pdf [fecha de consulta 9 diciembre 2020].
- Nota del Ministerio de consumo «Derechos de consumidores y usuarios ante la situación provocada por el coronavirus (COVID-19)», 21 de mayo 2020, disponible en <https://www.caib.es/govern/sac/fitxa.do?codi=4117883&coduo=11&lang=es> [fecha de consulta 22 diciembre 2020].

MOLL DE ALBA LACUVE, CHANTAL, conferencia on line en webinar: «Aspectos sustantivos y procesales del derecho de resolución de los contratos con consumidores y usuarios regulado en el art. 36 del RDL 11/2020», ICAB, 7 mayo 2020. Disponible en: <https://www.icab.es/ca/formacio/cursos/Conferencia-on-line-Aspectes-substantius-i-processals-del-dret-de-resolucio-dels-contractes-amb-consumidors-i-usuaris-que-regula-larticle-36-del-RDL-11-2020/> [fecha consulta 15 diciembre 2020].

MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL,

- «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», en MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de Obligaciones*, Madrid, Thomson-Civitas. 2006.
- «El efecto de la pandemia en los contratos: ¿es el derecho ordinario de contratos la solución?», Editorial, *ADC*, 2020, t. 73, fasc. II.

OLMO GARCÍA, PEDRO DEL, «Silencio, la prescripción duerme», *Almacén de Derecho*, 18 marzo 2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/silencio-la-prescripcion-duerme> [fecha consulta 11 octubre 2020].

PARRA LUCÁN, M^a ÁNGELES, «Riesgo imprevisible y modificación de los contratos», *Indret*, 4.2015.

PELÁEZ SANZ, FRANCISCO, conferencia on line en webinar «Aspectos sustantivos y procesales del derecho de resolución de los contratos con consumidores y usuarios regulado en el art. 36 del RDL 11/2020», ICAB, 7 mayo 2020. Disponible en: <https://www.icab.es/ca/formacio/cursos/Conferencia-on-line-Aspectes-substantius-i-processals-del-dret-de-resolucio-dels-contractes-amb-consumidors-i-usuaris-que-regula-l'article-36-del-RDL-11-2020/> [fecha consulta 15 diciembre 2020].

PEÑA LÓPEZ, FERNANDO, «En busca de la reciprocidad perdida, ¿pero para qué tomarse la molestia?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 28 mayo 2020, disponible en : http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/32._FERNANDO_PENA_LOPEZ_-_En_busca_de_la_reciprocidad_perdida.pdf [fecha consulta 23 noviembre 2020].

PEREA GONZÁLEZ, ÁLVARO,

- «Diálogos para el futuro judicial. III Cláusulas abusivas y litigación de consumo»; *Diario La ley*, n. 9632, Plan de choque de la Justicia / Encuesta, 14 mayo 2020.
- «Prescripción, caducidad y desistimiento en los contratos», en Enrique Sanjuán y Muñoz (coord.), *Contratos y negocios afectados por la normativa del Estado de alarma*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

PIZARRO WILSON, CARLOS «El “el hecho del príncipe” como circunstancia sobreviniente durante la ejecución de los contratos», en *Derecho de los desastres: Covid-19*, Tomo II, Estudios Internacionales, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2020.

Plan de transición hacia una nueva normalidad: respuestas a preguntas frecuentes, 3 de mayo de 2020, disponible en: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/COVID19_Preguntas_y_respuestas_plan_nueva_normalidad.pdf [fecha consulta 5 diciembre 2020].

REYES LÓPEZ, M^a JOSÉ, «Las pretendidas medidas de protección a los consumidores con motivo del Covid-19», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12 bis, mayo 2020.

RIBÓN SEISDEDOS, EUGENIO, «Conflictos que se avecinan entre consumidores y empresarios por razón de una deficiente intervención legislativa», en *COVID-19: Guía práctica sobre los derechos de los consumidores durante el estado de alarma*, Departamento Jurídico de Sepin Consumidores y usuarios, Madrid, Biblioteca on line Sepin, abril 2020.

RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO, Y RUÍZ ARRANZ, ANTONIO I., «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y Covid-19», Almacén de Derecho, Abril 16, 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19> [fecha consulta 8 diciembre 2020].

SALVADOR CODERCH, PABLO, «Alteración de las circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Indret*, octubre 2009.

SÁNCHEZ CANO, M^a JESÚS y MARTÍNEZ CALVO, JAVIER, «La situación del consumidor ante la imposible ejecución de los contratos de consumo a causa de la pandemia del COVID-19: un análisis desde la perspectiva civilista e internacional privatista», *RDPatr*, n. 53, septiembre-diciembre 2020.

SÁNCHEZ GARCÍA, JESÚS, «Comentarios artículo 36 del RDL 11/2020 sobre el derecho de resolución de determinados contratos sin penalización por parte de los consumidores y usuarios», Abogacía Española. Consejo General, 13 mayo 2020, Disponible en <https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/comentarios-articulo-36-del-rdl-11-2020-sobre-el-derecho-de-resolucion-de-determinados-contratos-sin-penalizacion-por-parte-de-los-consumidores-y-usuarios/> [fecha consulta 21 noviembre 2020].

SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO A., *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012.

SERRA I CAMÚS, MIQUEL, «Efectes de la covid-19 sobre els contractes civils. cas fortuït, impossibilitat de compliment i clàusula rebus sic stantibus (part primera)», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2-2020.

VALIÑO, ALEJANDRO, «Algunos efectos de la declaración del estado de alarma en el ámbito del deporte», *Diario La ley*, nº 9622, 28 abril 2020.

WEB DE LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO (<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/consumo/Paginas/2020/040620-web.aspx>) [fecha consulta 9 diciembre 2020].

YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, en el chat a la entrada de RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO, Y RUIZ ARRANZ, ANTONIO I., «Consecuencias de la epidemia: reequilibrio contractual y Covid-19», *Almacén de Derecho*, Abril 16, 2020, disponible en: [disponible en: https://almacenederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19](https://almacenederecho.org/consecuencias-de-la-epidemia-reequilibrio-contractual-y-covid-19) [fecha consulta 3 noviembre 2020].

Fecha de recepción: 28.12.2020

Fecha de aceptación: 18.06.2021