

Imposibilidad de cumplimiento por el empresario en contratos con consumidores (art. 36 del Real Decreto Ley 11/2020, COVID-19)

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se trata de la norma de interpretación más compleja del Real Decreto Ley 11/2020, pero también de la de más transcendencia social: cómo pueden responder los consumidores a la imposibilidad de cumplimiento que sufren los proveedores como consecuencia de las medidas gubernamentales COVID-19.

1. Ambigüedad en la presentación de la norma

El artículo 36 del Real Decreto Ley 11/2020, COVID-19, es una norma excepcional por muchas razones. Pero sobre todo porque parece que aspira a una cosa («Sección 3.ª: Medidas de protección de consumidores»), que es la concesión de algún trato privilegiado en favor de los consumidores (Artículo 36. «Derecho de resolución de determinados contratos sin penalización por parte de los consumidores y usuarios»), cuando en verdad la trama va de todo lo contrario. Se trata de una norma que *restringe sensiblemente derechos que los consumidores tienen conforme al Derecho común y conforme a las directivas comunitarias de consumo* (Directivas 2011/83, 2015/2302, 2019/771). De hecho, y aunque parezca mentira —y sea seguro que el legislador no se ha percatado de ello—, para un mismo supuesto de hecho (contingencia de imposibilidad sobrevenida no imputable de cumplimiento por la contraparte), el consumidor está privado de los remedios que tendría en su lugar un adquirente empresarial de bienes o servicios. Habría sido preciso que el Gobierno hubiera tenido el coraje de decir la verdad de lo que estaba promulgando. Porque, si la verdad se desvelara, el resultado no sería socialmente impresentable y

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

se proclamaría a las claras que el artículo 36 del real decreto ley es una *norma que se propone cargar sobre los consumidores como tales una parte del riesgo colectivo COVID-19*, después de que las diversas medidas gubernamentales hayan castigado severamente el modelo y la previsión de negocio de tantas empresas.

No voy a comentar en esta nota el apartado 4 del artículo 36 (imposibilidad de cumplimiento en contratos de viaje combinados), porque el precepto requiere otras consideraciones específicas a su supuesto.

2. Supuesto básico

Esta norma se refiere a la *imposibilidad de cumplimiento que «cae» sobre el empresario como consecuencia de las medidas gubernamentales COVID-19 desde el Real Decreto 463/2020 hasta el Real Decreto Ley 11/2020 (de momento)* y a las consecuencias que esta imposibilidad tendrá respecto de los *pagos ya hechos por parte del consumidor*. Si —reza el artículo 36, apartados 1 y 2—, 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, los consumidores y usuarios tendrán derecho a resolver el contrato durante un plazo de catorce 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. En los supuestos en los que el cumplimiento del contrato resulte imposible de acuerdo con el apartado anterior, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor o usuario, salvo los gastos en que se haya incurrido, debidamente desglosados y facilitados al consumidor.

3. El contraste con el Derecho común supletorio

¿Cuál sería el régimen jurídico aplicable a estas contingencias si el artículo 36 no existiera? En el estado actual del desarrollo jurídico, creo indudable la respuesta. El acreedor de la prestación imposible (el consumidor, en nuestro caso) podría *a) suspender* su propio cumplimiento (todavía no realizado) si la imposibilidad no se hubiera revelado definitiva; *b) resolver* el contrato si éste ya no tiene utilidad presente y futura para él; *c) liberarse* de pagar en la hipótesis anterior; *d) recuperar todo* lo pagado (sin intereses: la fuerza mayor excluye la mora) en la hipótesis de resolución; *e), esperar*, si ya ha pagado y el contrato se encuentra todavía en la fase interina de suspensión; *f) no pagar nada* de los costes hundidos o no amortizados que haya soportado, en la expectativa del contrato, el empresario imposibilitado de cumplir; *g) estar sujeto* por la buena fe al deber de aceptar por parte del deudor un sustituto de la prestación original siempre que al adquirente le redundara la *misma calidad* en la utilidad contractual esperada.

El artículo 36, apartados 1 y 2 del real decreto ley *a)* no prevé la opción *supra a* de suspender ni la opción *supra c* de no pagar lo todavía no pagado; *b)* no respeta enteramente la regla

supra b (la posibilidad de resolver); c) no respeta la regla *supra d* de recuperar todo lo pagado; d) alarga irrazonablemente la espera a que se refiere la regla *supra e*; e) conculca el principio fundamental de la regla *supra f* (no compartir gastos hundidos de la contraparte); g) impone al consumidor unos deberes de tolerancia en la aceptación de *aliud pro alio* que son mucho más exigentes de lo que hubiera requerido la buena fe. Hay algunas particularidades más en contratos de tracto sucesivo a las que luego nos referiremos.

4. Contrapartes no consumidoras

Repárese, en cambio, en que el empresario adquirente de bienes y servicios sigue disfrutando de las ventajas del régimen general. Claro, siempre habrá alguien que proponga que la argumentación pertinente no es la de *incluido un caso, excluido el otro*, sino la regla holista de que, *si lo más protegible es tratado así, cuanto más los colectivos que no merecen protección especial*. Sólo que en este caso ya no sabríamos qué régimen aplicar a las contingencias de imposibilidad sobrevenida por el COVID-19 entre empresarios, que ni estarían en el régimen común ni en el especial.

5. Bienes y servicios no esenciales

La norma no se aplica a bienes y servicios que son esenciales para el consumidor. Por eso el Real Decreto Ley 11/2020 dispone de una normativa especial para los arrendamientos de vivienda, para las adquisiciones financiadas por hipoteca, para los préstamos personales y para la prestación sucesiva de servicios esenciales (luz, gas, teléfono, etcétera). La cosa es así no tanto por alguna perceptible regla legal que lo dijera ni por el hecho de que exista otra regulación especial para estos casos, sino, simplemente, porque los servicios esenciales no han dejado de prestarse durante el estado de alarma y *porque en estos casos el consumidor no tiene ningún interés fáctico en la resolución del contrato*.

6. La contingencia de imposibilidad de cumplimiento

La contingencia prevista por la norma es la imposibilidad de cumplimiento que tiene su causa en la aplicación de las «medidas gubernamentales» debidas al COVID-19, es decir, la imposición de cierres y la paralización o ceses de la actividad comercial. Otra contingencia no está cubierta por esta norma. No lo está, especialmente, si el empresario, que de derecho puede seguir operando, de hecho no puede hacerlo (o dice que no puede hacerlo) por las *graves dificultades* y desequilibrios sobrevenidos causados por el estado sanitario y social creado por el COVID-19 (¡no por las medidas gubernamentales!). El «riesgo inespecífico COVID-19» no es excusa de imposibilidad en contratos con consumidores. ¡Cuánto menos lo será en contratos entre empresarios!

7. Aplicación temporal

La norma no se aplica a las *resoluciones* extrajudiciales *declaradas* por los consumidores antes del día 1 de abril del 2020, pues aquélla no tiene efectos retroactivos. La cosa no tiene sentido, pero tampoco importa mucho, porque se podrían reiterar ahora. Pero la norma sí se aplica a los contratos celebrados bajo las medidas gubernamentales COVID-19, aunque esta celebración hubiera tenido lugar con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020 y mientras duran las medidas limitadoras.

8. El instante en que aflora la imposibilidad

La contingencia de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento (no imputable al deudor) tiene unos límites temporales muy precisos. En los contratos transmisivos de tracto único (compraventa al consumo), el régimen de imposibilidad sólo se aplica *hasta el momento de traslado del riesgo al comprador*, que, para el consumidor, es el momento de la entrega o recepción material de la posesión (art. 66 *ter* del Texto Refundido de la Ley de Consumidores). Si el consumidor ya posee la cosa (la haya pagado o no), el riesgo está enteramente transferido al deudor (que podría desear librarse ahora de esa motocicleta que ha comprado, sin que la cosa tenga ya remedio). Es claro en tal caso que la entrega no ha sido «imposible». Observemos que el espectro de los casos afectados tiene que ser necesariamente limitado: contratos ya concluidos por el consumidor, pagados o no, mientras está pendiente la entrega.

Existen también contratos de prestación de servicios de tracto único que duran una fracción escasa de tiempo. Por ejemplo, el contrato apalabrado con el fontanero para mañana. Aquí la cosa es distinta. Si desde el momento en que se apalabró el contrato se ha producido una contingencia de riesgo COVID-19, estamos en el caso de la norma, como si fuera una compraventa. Pero si el fontanero se presentó hoy en casa y el segundo día se declara la contingencia del Real Decreto 463/2020, el riesgo del servicio aún no prestado no se traslada al cliente, y se aplica la regla procedente en contratos de tracto sucesivo (*infra*).

El contrato de viaje combinado y el contrato de transporte son contratos de tracto único. Pero para estos casos existe una regla especial localizada en el apartado 4 del artículo 36 que no va a ser comentada en esta nota ya que merece un tratamiento separado.

En los contratos de servicio de tracto sucesivo la cosa cursa de otra manera. Hablamos (fuera de la contratación de servicios esenciales) de casos como el abono del gimnasio (cerrado) o de la ópera (cerrada), el carné de socio del club de fútbol para una temporada en que no se ofrece fútbol, etcétera. Aquí *el riesgo nace y muere en cada periodo de devengo*. Con un ejemplo se entenderá. El día 14 marzo del 2020 fue obligatorio el cierre de todo tipo de gimnasio. Pedro había pagado su cuota semestral (enero- junio) en enero de ese año. No se le puede decir a Pedro que ya se le ha asignado enteramente el riesgo de que el gimnasio permanezca cerrado

de marzo a junio y que ha perdido el dinero. ¿Y cuál es el periodo de «devengo»? ¿Por meses, por semanas? ¡*Por días! Porque las cuotas del gimnasio son frutos civiles que se están produciendo por días*, según el artículo 451 del Código Civil. Cada día nace nuevamente el riesgo, y la prestación del gimnasio ha devenido sobrevenidamente imposible para todos los días del estado de alarma posteriores al 14 de marzo. El universo de casos es mucho más amplio que para los contratos de tracto único, ya que «todos los días» está surgiendo una nueva contingencia de imposibilidad sobrevenida para el tiempo de contrato todavía no consumido.

9. Plazos

Según la norma, «el consumidor y usuario tendrán derecho a resolver el contrato durante un plazo de catorce días» ¿A contar desde cuándo? ¿Desde el día 14 de marzo (o el posterior que procediera)? ¿Desde que se le comunicó la imposibilidad? ¿Desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020? ¿Desde que transcurran los sesenta días de que se habla a continuación? Las dos últimas propuestas son las más probables, pero no veo razones para preferir una u otra. Si los catorce días (¿por qué catorce?, ¿quizá porque catorce son los días de desistimiento que concede a los consumidores la legislación especial?) corren desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 11/2020, *el día 15 de abril termina la posibilidad de resolver*. ¿Qué pasaría el día 16? ¿Qué el consumidor se queda sin el precio y sin la cosa para el resto de su vida? No quiero en este momento aventurar una respuesta. Como cualquier consecuencia que se proponga no dejará de ser absurda, nos basta con proponer una salida airosa: se trata de un plazo (da igual de prescripción o caducidad) que se agota con *cualquier forma de reclamación* por parte del consumidor. Y *no vuelve a correr desde cero* como si fuera un plazo normal de prescripción de una acción resolutoria.

Imaginemos que se ha ejercido la resolución extrajudicial (por correo electrónico basta, sin necesidad de firma electrónica). Todavía no nace para el empresario el deber de restituir el precio. Si el empresario ofrece una transacción (¿en cuánto tiempo puede hacerlo?), el consumidor no puede rechazarla si este rechazo es contrario a la buena fe porque se trata de una oferta o transacción «que restaura la reciprocidad de intereses» (sic). Pero la norma no lo dice exactamente así, sino que dice que, si transcurren sesenta días «desde la imposible ejecución del contrato» sin haberse llegado a un acuerdo, procederá el efecto resolutorio. Empiezan a contarse los sesenta días antes que los catorce, necesariamente. ¿Y no habrá una nueva ventana de tiempo de catorce días para manifestar la resolución cuando ha fracasado o no ha existido la negociación en esos sesenta días? ¿Y si nadie ha hecho en sesenta días una propuesta de revisión, cosa muy probable si en el gimnasio no queda gente y los empleados se han ido a un ERTE? ¿Es incondicional el derecho a la devolución en este caso o todavía puede el empresario negarse a pagar y esperar el litigio (que nunca llegará) sobre si la conducta del consumidor es contraria a la buena fe?

10. El consumidor puede esperar el cumplimiento

Imaginemos que la prestación «imposibilitada» temporalmente sigue siendo posible, no obstante, de forma retardada (cuando se recupere la normalidad). El consumidor puede perfectamente no haber hecho uso de su perentorio derecho a resolver y puede no haber negociado. ¿Pierde algo? No: el deudor que ha pagado por una prestación que sigue siendo posible puede limitarse a esperar a que resulte posible cumplir. No pierde por el transcurso del tiempo la acción de cumplimiento.

11. El consumidor obligado todavía no ha pagado

Y ahora venimos al caso de que el deudor consumidor aún no ha pagado. La norma da por supuesto que ha pagado. Pero puede no haberlo hecho. Me parece evidente que, si el consumidor no ha pagado aún, no está obligado a pagar y luego a aceptar los «vales sustitutivos» que quiera darle la contraparte. El consumidor está obligado por la buena fe a notificar si suspende el contrato (mientras el cumplimiento aún resulte posible) o si lo resuelve porque para él la prestación retardada ha devenido (realmente) carente de objeto. Y, además, el consumidor no está obligado a «hacerse cargo» de los costes de preparación del cumplimiento que han resultado inútiles para la contraparte.

12. La deducción de gastos por el proveedor

El empresario que resulta obligado a devolver el precio al consumidor puede retener, con todo, los «gastos incurridos debidamente desglosados y facilitados al consumidor». Alguien ha hablado de los gastos de devolución. Pero no hay gastos de este tipo porque, si la cosa llegó al consumidor, el riesgo ya es suyo. ¿Los de envío acaso, detenido *in itinere*? La cuestión es de enorme magnitud y el legislador no ha pensado lo que dice. Con la norma en la mano, el proveedor puede pretender deducir la porción correspondiente a cada contrato de los costes variables de la línea de producción y —¿por qué no?— una fracción de los variables. El club de fútbol puede «deducir» de la devolución del abono los costes de contratación-rescisión de la estrella del balón que tuvo que volverse a su casa porque en España no hay fútbol de momento.

13. Contratos de tracto sucesivo

El apartado 3 del artículo 36 se refiere a los contratos de tracto sucesivo. Ya en esto se genera oscuridad porque también los dos apartados anteriores se aplicaban a todos los contratos en general. ¿Por qué una singularidad ahora? Y hay singularidades. La primera, y muy importante, es conforme con el Derecho común: la empresa no puede cobrar cuotas del servicio mientras éste no pueda volver a prestarse regularmente, es decir, el cumplimiento *queda inmediatamente suspendido para el futuro*.

A pesar de la claridad de la norma, no deja de haber problemas interpretativos. ¿Y el usuario que haya pagado en enero una cuota semestral del gimnasio? La norma ahora mencionada

impide que se le pueda pasar al cobro la siguiente cuota semestral en julio si no se reanuda el servicio, pero no impone una devolución de la parte de cuota ya cobrada que corresponde a los meses en que no se prestó el servicio.

Pero la segunda particularidad me parece de mayor importancia aún. Se extrae con alguna dificultad del abigarrado texto de la norma: «... la empresa prestadora de servicios podrá ofrecer opciones de recuperación del servicio *a posteriori* y sólo si el consumidor no pudiera o no aceptara dicha recuperación entonces se procedería a la devolución de los importes ya abonados en la parte correspondiente al periodo del servicio no prestado por dicha causa o, bajo la aceptación del consumidor, a minorar la cuantía que resulte de las futuras cuotas a imputar por la prestación del servicio». La «transacción» que puede ofrecer el empresario no es un subrogado cualquiera de cumplimiento (pilates visuales por internet en lugar de asistencia *in situ* para correr en el *spinning*), sino el ofrecimiento posterior de este mismo servicio gratis a cuenta del precio ya pagado y no disputado o una minoración correspondiente de las futuras cuotas. Y todavía el consumidor puede resolver, a pesar de esta «justa» oferta. *En realidad, la norma transcrita es un sinsentido.* Porque la empresa puede ofrecer transaccionalmente lo que quiera, y el deudor puede aceptarlo o no aceptarlo. Y, si no lo quiere, da igual que el operador le haya ofrecido una sustitución a la baja o una transacción «justa»: hay resolución.

En suma, con el apartado 3 nos encontramos que al cliente del gimnasio no se le pueden cargar nuevas cuotas si el servicio sigue interrumpido; las partes pueden (obvio) acordar cualquier transacción, pero el consumidor puede siempre resolver (sin retroactividad) y pedir el reembolso de los pagos por servicios no prestados. Y ¿qué pasaría con nuestro cliente que pagó en enero la cuota semestral y dejó de disfrutar del gimnasio el 14 de marzo? Ocurre que el operador le tiene que devolver, si el cliente resuelve, la parte de la cuota semestral proporcional al tiempo de no uso desde el 14 de marzo: porque todo fruto civil se devenga por días, aunque el contrato sea de duración mensual.

Una inconsistencia más del régimen del apartado 3. Se nos dice que el cliente puede resolver y recuperar cuotas no atrasadas. De las futuras, que el operador no podrá pasarlas al cobro *rebus sic stantibus*, pero que el contrato no queda rescindido (*sic*) «salvo por la voluntad de ambas partes». Evidente absurdo porque, si el cliente ya ha resuelto respecto de las prestaciones no realizadas, no se le puede exigir que reanude el contrato respecto de las futuras, que se prestarán ya en normalidad. ¿O es eso lo que quiere el legislador? Que todo es posible.

¿Rigen para los contratos de tracto sucesivo las reglas, aparentemente generales, contenidas en los apartados 1 y 2, ya expuestas, pero que no se reproducen en el apartado 3? En mi opinión, *rigen las restricciones temporales del apartado 1 y rige la restricción de reembolso (pago de costes hundidos del empresario) del apartado 2.* El resultado de esta conmixtión normativa es una situación de desorden y ausencia de criterio que conducirán a las partes a una incertidumbre sobre el modo de proceder y sobre el sentido de sus actos negociales.

14. Conclusión

Estamos ante una norma que exige de las partes una continuidad negociadora de imponderables costes en un estado de alarma donde imperan el cierre empresarial y el confinamiento personal. Y los tribunales no estarán disponibles durante mucho tiempo para estos pleitos. Los costes de transacción serán insoportables y probablemente baldíos, porque lo más seguro es que «no haya nadie al otro lado de la línea». Por lo demás, la norma es tan desordenada y abstrusa que lo más probable es que las partes queden atrapadas en la situación de caos generada por el estado de alarma. Y quizá no sea esto un motivo de reproche. A lo mejor el legislador ha sido sabio y se ha propuesto generar en estas transacciones tal caos que no se pueda hacer nada durante esta fase, a la espera de que, cuando la vida ordinaria se restablezca, la gente vaya recomponiendo sus relaciones por medio de acuerdos puntuales y arreglándose como pueda. Y, mientras tanto, que el que cobró retenga el pago y que el que no cumplió, que no cumpla todavía.