

EN BUSCA DE LA RECIPROCIDAD PERDIDA, ¿PERO PARA QUÉ TOMARSE LA MOLESTIA?

Fernando Peña López
Universidad de Coruña

Fecha de publicación: 28 de mayo de 2020

El artículo 36 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, bajo el desconcertante y engañoso epígrafe de “medidas de protección de consumidores”, limita y condiciona la facultad del consumidor de resolver un contrato que no ha podido cumplirse cuando estaba previsto, por causa de las medidas adoptadas para enfrentarse al COVID-19. Se trata, por lo tanto, de una medida destinada a proteger al empresario o profesional ante las posibles consecuencias que podrían derivarse de tener que efectuar, en un momento de especial debilidad económica, el reembolso de todo lo cobrado anticipadamente por esos servicios que a causa de la pandemia no ha podido prestar.

No es mi objetivo valorar el acierto o desacierto político de la decisión tomada por el legislador. Mi único interés aquí es poner de manifiesto que, para darle forma jurídica a esa decisión, se ha establecido un régimen jurídico que parece una cosa, pero que finalmente resulta no serlo. Lo que, en principio, parece que quiso el legislador es someter el supuesto al régimen de la regla *rebus sic stantibus*. Este régimen, que recibe diversos nombres en el derecho comparado [*hardship* (ICC clauses), *change of circumstances* (PECL 6:111), *changement de circonstances imprevisible* (Code Civil, art. 1195), *Störung der Geschäftsgrundlage* (BGB, §.313), o alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato (PCC APDC, art. 526-5)], está pensado para situaciones en las que una fuerza mayor (un evento imprevisible y fuera del control del deudor) hace excesivamente gravosa la prestación de una de las partes.

Normalmente el régimen de la regla *rebus* se identifica con los casos en los que la prestación, debido al influjo de la fuerza mayor, se ha hecho muy onerosa para el deudor, pero es posible. Suele, en este sentido, explicarse en conexión con la regla de la imposibilidad sobrevenida de la prestación debida (art. 1.182 CC) que, a diferencia de la anterior, se ocuparía solo de los casos en los que la prestación es, efectivamente, imposible. Más allá del plano semántico, en el mundo real el ámbito de aplicación de la imposibilidad sobrevenida y el de la regla *rebus* tienen una amplísima zona de intersección. La línea entre lo muy difícil y lo imposible es tenue. Sin ir más lejos, salvo



que el contrato contenga un término esencial, la imposibilidad por causa del COVID-19 es sólo temporal. Altera únicamente el tiempo en que el contrato puede ser cumplido, pero no imposibilita un cumplimiento tardío de la prestación del empresario. 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.

El sometimiento de un supuesto a la regla *rebus* supone conceder a la parte perjudicada por la fuerza mayor, la facultad de exigir, siempre que sea posible, una modificación contractual que restaure el equilibrio inicial de las contraprestaciones. La facultad podrá ser ejercitada por vía de acción, ante el temor de que la otra parte exija el cumplimiento del contrato, o de reconvencción, si ya se ha interpuesto la demanda de cumplimiento. Sin embargo, también es posible que se utilice –por vía reconvenccional- frente a la acción de resolución de la contraparte si, como en el caso que nos interesa, ya ha habido un incumplimiento y se quiere evitar tener que devolver el dinero anticipado por el cliente.

El artículo 36.1 del Real Decreto-ley 11/2020, parece seguir el esquema que se acaba de exponer. El legislador, como hacen muchas de las normas citadas más arriba, ordena a las partes de los contratos de consumo afectados por el COVID-19 que negocien durante sesenta días una modificación del contrato que restaure su reciprocidad. Se trata de que las partes, empezando razonablemente por el empresario, se tomen la molestia de hacerse recíprocamente propuestas para conseguir ese objetivo “*sobre la base de la buena fe*”. El problema es que, ante el eventual fracaso de la fase de negociaciones, 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. En efecto, pasados los sesenta días, si las partes no han llegado a un acuerdo, el art. 31.2 *in fine* establece que el consumidor tendrá derecho a pedir el reembolso del pago anticipado sin ulteriores cortapisas.

En realidad, 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.