

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA (I)LEGALIDAD DE LOS “SUPLEMENTOS COVID-19”*

*Irene Tapia Herrero***
Graduada en Derecho
Universidad Carlos III Madrid

Fecha de publicación: 1 de febrero de 2021

Resumen: Con ocasión de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, se ha extendido una práctica harto frecuente que, si bien no se ha llevado a cabo exclusivamente en sectores como la hostelería, ha tenido en éste su implementación mayoritaria. Son los conocidos como “suplementos COVID-19” que, repercutiendo sobre el consumidor una cantidad variable sobre el precio fijado para la adquisición del bien o la prestación del servicio, se añade con el fin de hacer frente a los costes extraordinarios en que ha incurrido el sector empresarial consecuencia de la pandemia mundial. Dada la situación de alegalidad de estos “suplementos”, la autora ha convenido en efectuar un análisis pormenorizado de los argumentos que se han esgrimido a favor de su legalidad y de su ilegalidad. Se ofrecerá, asimismo, la solución más respetuosa con los intereses del consumidor que, en esta coyuntura, necesita una protección más reforzada aún de la que venía disfrutando.

* Trabajo realizado bajo la tutela de la investigadora Iuliana Raluca Stroe en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2020-GRIN-29156, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC) y a la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: 2020-GRIN-29156 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

** Graduada en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Actualmente, estudiante del Máster de Acceso a la Profesión de Abogado en la Universidad Autónoma de Madrid.



Palabras clave: Derecho de consumo, COVID-19, consumidor vulnerable, pagos adicionales, suplementos.

1. INTRODUCCIÓN

Es de sobra conocido que, tradicionalmente, la figura del consumidor se ha visto caracterizada por una desigualdad con respecto al empresario. Ello ha obedecido a dos características fundamentales, consustanciales a la figura del consumidor: su falta de información, y su escaso poder de negociación, de suerte que nos encontramos ante una clara asimetría *ab origine*, que no es merecedora únicamente de una protección formal del Derecho, sino de una protección real, verdadera y eficaz.

Si bien, a pesar de esta desigualdad inicial, ha sido procedente hablar de un “*consumidor medio, razonablemente atento, informado y perspicaz*”, existen ocasiones en que es adecuado hablar de un consumidor vulnerable. Y, aunque, ya ha sido objeto de atención en ciertos ámbitos y circunstancias como los viajes combinados, es ésta también la situación actual derivada del SARS-CoV-2 (“COVID-19”)¹.

En efecto, desde que hace ahora un año, el 31 de enero de 2020, fuese detectado en territorio español el primer caso de infección por COVID-19, la desigualdad tradicional que venía caracterizando al consumidor en sus relaciones con el empresario, se ha visto gravemente acusada. Es cuestión indubitada que este hecho no sólo se ha constatado en la figura del consumidor español, sino que se ha proyectado, como pandemia mundial que fue declarada en el mes de marzo de 2020, por la Organización Mundial de la Salud (OMS), en todas las latitudes del planeta. No obstante, por resultar a la autora desconocidas las medidas implementadas por otros países respecto del objeto de este trabajo, sólo será analizada la práctica empresarial llevada a cabo en territorio español con la implantación de los denominados “suplementos COVID-19”.

El objeto de estos “suplementos COVID-19”, con una amplia implantación ya en nuestro país, consiste, fundamentalmente, en repercutir al consumidor una cantidad variable de dinero sobre el precio ya fijado, que obedece a los costes por la implementación de las medidas sanitarias impuestas por las autoridades nacionales e internacionales y,

¹ PÉREZ ESCOLAR, M., (2017). “El viajero, consumidor vulnerable. Consideraciones a la luz del moderno Derecho comunitario europeo”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, Cizur Menor (Thomson Reuters-Aranzadi), nº44, p. 3. También en este sentido, HUALDE MANSO, T., (2016). *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del derecho de consumo europeo*, Madrid, (Dykinson), pp. 11-54.



consecuencia de ello, la adquisición de variado material de protección y de desinfección para evitar la propagación del COVID-19, lo que ha derivado en la existencia de una medida empresarial, cuanto menos, controvertida.

En esta tesitura provocada por la pandemia de COVID-19, se enmarca la “Nueva Agenda del Consumidor” de la Comisión Europea que, reconociendo la vulnerabilidad del consumidor por circunstancias que ya eran conocidas con anterioridad a la pandemia (edad, discapacidad, etc.), ha venido a remarcar la extremada delicadeza en que se éste se encuentra en el momento actual. Principalmente, por las implicaciones consustanciales, en la mayoría de los casos, a las limitaciones a la movilidad en muchas áreas de la Unión Europea y, por consiguiente, la proliferación de las adquisiciones de bienes o servicios a distancia².

Sin embargo, en lo que, a mi parecer, era una oportunidad sin igual, ha obviado hacer referencia a prácticas como las que tiene por objeto este trabajo de la mano de los ya referidos “suplementos COVID-19”, fuertemente criticados a nivel nacional por organizaciones de consumidores como la Federación de Asociaciones de Consumidores y Usuarios de Andalucía-Consumidores en Acción (FACUA), y aceptados por otras como la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU)³.

Lo cierto, en todo caso, es que, a pesar de que la alegación de estos “suplementos” haya propiciado la existencia de posturas dispares acerca de su legalidad o ilegalidad, el Ministerio de Consumo emitió, en fecha de 11 de junio de 2020, una nota informativa en que declaraba la abusividad de los mismos⁴. Empero, a pesar de la misma, sus indicaciones han sido, en muchos casos, desatendidas, y su imposición sigue teniendo lugar por muchos empresarios, de modo que resulta más que necesario desgranar los

² COMISIÓN EUROPEA (2020). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 13 de noviembre de 2020. Nueva Agenda del Consumidor. Reforzar la resiliencia del consumidor para una recuperación sostenible*. [Referencia: COM(2020) 696 final].

³ FACUA (9 de junio de 2020). *FACUA advierte de que cobrar un suplemento Covid a los usuarios es ilegal*. Recuperado de: <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=15565> [última consulta: febrero de 2021]. OCU (20 de mayo de 2020). *El consumidor no debe pagar sobrecostes abusivos. Limpieza, desinfección, ¿debe pagar el consumidor?* Recuperado de: <https://www.ocu.org/consumo-familia/derechos-consumidor/noticias/costes-servicios-covid> [última consulta: febrero de 2021]. OCU (10 de junio de 2020). *Terrazas en tiempos de coronavirus. ¿Cobro de suplementos? ¿Tasa COVID?* Recuperado de: <https://www.ocu.org/consumo-familia/derechos-consumidor/consejos/derechos-terrazas-coronavirus> [última consulta: febrero de 2021]

⁴ SECRETARÍA GENERAL DE CONSUMO Y JUEGO. DIRECCIÓN GENERAL DE CONSUMO (2020). Nota informativa sobre el recargo aplicado en establecimientos o locales con apertura al público por el cumplimiento de las medidas de higiene y seguridad establecidas durante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, de 11 de junio de 2020.



argumentos que, tanto en el sentido de su legalidad, como de su legalidad, se han esgrimido en estos meses.

2. PRINCIPALES ARGUMENTOS SOBRE SU LEGALIDAD E ILEGALIDAD

2.1. Acerca de su legalidad

Como ya se anticipa en el título que da inicio a este epígrafe, los argumentos que se pueden esgrimir a favor de este tipo de “suplementos COVID-19” son, principalmente, dos: su posible amparo legal, y el carácter extraordinario e imprevisible de los costes que tratan de paliar este tipo de suplementos. A continuación, se examinarán ambos, a fin de comprobar si estos argumentos pueden determinar su admisibilidad o, si, por el contrario, abocan a una desprotección del consumidor que motive su inadmisibilidad.

En primer lugar, sobre el posible amparo legal, es importante llamar la atención sobre un hecho indubitado: ninguno de los Reales Decretos-Leyes que, motivados por la situación de “*extraordinaria y urgente necesidad*”, vienen dictándose desde el inicio de la crisis sanitaria para paliar sus efectos —principalmente, económicos y sociales—, contemplan la posibilidad de que el empresario pueda hacer uso de este tipo de “suplementos” para sufragar los costes en que, con ocasión del COVID-19 y las recomendaciones sanitarias dirigidas a evitar su propagación, ha incurrido.

Sin embargo, los más férreos defensores de su ilegalidad por carecer estas medidas de soporte legal, a mi juicio, no han centrado suficientemente la problemática; y ello deriva en unas consecuencias que, indudablemente, sin pretenderlo, abocarían precisamente a la posible admisión de estos suplementos.

Es decir, quienes se han inclinado por la ilegalidad de estos suplementos, no han basado su postura más que en una vaga referencia a la “carencia de soporte legal”. Han obviado, por tanto, si el soporte legal debiera haberse encontrado en alguno de los Reales Decretos-Leyes antedichos, o si el “soporte legal” de que dicen carecer, se debiera haber encontrado en el TRLGDCU⁵. No es cuestión baladí, porque, como se podrá comprobar a continuación, las consecuencias son bien distintas, y no por ello menos trascendentes para el consumidor.

⁵ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. [Referencia: BOE-A-2007-20555].



Parece lógico que, cuando hablemos de “soporte legal”, nos refiramos a los ingentes Reales Decretos-Leyes que, desde marzo de 2020, vienen dictándose. Así, habiéndose configurado el instrumento jurídico del Real Decreto-Ley para situaciones de “*extraordinaria y urgente necesidad*”⁶, sería más que razonable que estos “suplementos”, trayendo causa de tal situación extraordinaria y urgente, hubiesen sido objeto de atención por alguno de ellos. Por tanto, no estando contemplados por el instrumento legal que de manera idónea hubiese tenido que acoger en su seno a estos suplementos, no cabría más que sostener su ilegalidad.

No obstante, esta discusión adquiere tintes distintos si hablamos del TRLGDCU como “soporte legal”. En este caso, no es menos evidente que los “suplementos”, derivando de la situación imprevisible por la que han surgido, no tienen su reflejo directo en el TRLGDCU. Sin embargo, algunas prácticas empresariales admitidas por este texto, reconduciéndose por analogía, sí tendrían cabida para considerar su legalidad.

Piénsese, por ejemplo, en la admisibilidad de pagos adicionales por el artículo 60 bis TRLGDCU, y en la posibilidad, por mor del artículo 60 ter TRLGDCU, de que el empresario repercuta una cantidad al consumidor por la utilización de determinados medios de pago. Empero, examinando a fondo ambos regímenes, no parece que sean los más adecuados para incardinar la existencia y legalidad de estos “suplementos”.

Hay que señalar, en este sentido, que nuestro TRLGDCU parece haber configurado dos tipos de costes adicionales: por un lado, aquellos que pueden ser excluidos por el consumidor porque no cuenten con su consentimiento expreso; y, por otro, aquellos que no pueden excluirse, incluso, aunque no cuenten con el beneplácito del consumidor para su imposición.

Por lo que respecta al primero de los costes aquí enunciados (los que pueden ser excluidos), cabe decir que, para que su nacimiento tenga lugar y pueda hablarse de este tipo de costes, debe, a mi entender, tratarse de un bien o servicio que tenga asociada una tarifa o precio “básico” y que, el consentimiento expreso del consumidor añada o excluya los gastos adicionales⁷. Este sería, en consecuencia, el régimen de los artículos 60 bis y

⁶ Artículo 86 Constitución Española. BOE nº311 de 29 de diciembre de 1978. [Referencia: BOE-A-1978-31229].

⁷ Buen ejemplo de estos pagos adicionales del artículo 60 bis TRLGDCU que, como hemos mencionado, pueden ser excluidos por el consumidor, constituyen los seguros que, con frecuencia, se ofrecen al comprar un billete de avión. Al respecto, *vid.*, MINERO ALEJANDRE, G. (2015) “Capítulo I: Disposiciones generales. Artículo 60 bis. Pagos adicionales”, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Aranzadi, Navarra, 2ª edición, pp.842-854.



60 ter TRLGDCU, pues, en el primero de los casos el consumidor tendrá la opción de aceptar o rehusar los pagos adicionales y, en el segundo, también mantendrá incólume su decisión de efectuar el pago con aquellos medios que tienen recargo o no.

De este modo, tiene cierto sentido afirmar que los “suplementos COVID-19” no pueden reconducirse por analogía a estas categorías de los artículos 60 bis y 60 ter TRLGDCU, puesto que no cabe rechazar la aplicación de medidas de higiene por los evidentes imperativos de salud pública aquí presentes⁸. Más aún, si se tiene en cuenta que muchas de las medidas anti-COVID-19, tienen un efecto que no se circunscribe, simplemente, a la dispensación de un gel hidroalcohólico, sino a medidas más complejas que el consumidor no puede rehusar. Así, por ejemplo, una máquina purificadora de aire que, como es de suponer, no va a ser desconectada porque el consumidor no desee hacer frente a su coste supuesto de que se sufrague el mismo a través de estos “suplementos COVID-19”.

En consecuencia, tan sólo queda acudir, para sostener su legalidad y posible amparo legal, al otro tipo de costes adicionales que integran la otra tipología antes mencionada: los costes adicionales que no pueden ser excluidos por el consumidor, incluso aunque rechace su imposición. Respecto de estos costes cabe también apuntar que, al no tener el consumidor la facultad de aceptar o no su cobro, sólo queda la obligación del empresario de informar, de manera clara y separada sobre su existencia, en lo que es un claro refuerzo de los deberes de información precontractual que le incumben. Este sería el caso de los impuestos, respecto de los cuales el consumidor no puede decidir, simple y llanamente, si adquiere un bien o un servicio con, o sin I.V.A.

Por tanto, la legalidad de los “suplementos COVID-19” únicamente sería admisible si los asimilásemos al régimen impositivo.

Otro de los grandes argumentos a favor de la legalidad de los “suplementos COVID-19”, ha sido la imprevisibilidad de los gastos que, a través de esta estrategia empresarial, se intentan paliar. No puede, en este sentido, negarse, su carácter sorpresivo y la imposibilidad de los empresarios de hacer previsiones al respecto. Sin embargo, esta falta de previsión ha sido tanta como el propio virus que, tan inesperado, como agresivo está siendo.

Bien es cierto que, en determinados sectores de la actividad empresarial, el coste para hacer frente a las exigencias sanitarias y evitar el contagio por COVID-19 en los

⁸ Esta ha sido la postura adoptada por el Ministerio de Consumo en la nota informativa antes citada, para sostener la abusividad de estos recargos en el sentido de los incisos 4 y 5 del artículo 89 TRLGDCU.



establecimientos en que se venía desarrollando la misma, ha sido sumamente extraordinario y gravoso para las arcas empresariales. Piénsese, por ejemplo, en la cantidad de veces que un dentista tendrá, a lo largo de su consulta diaria, que realizar una desinfección pormenorizada no ya del ambiente, sino de los utensilios utilizados.

Ahora bien, no todo el sector empresarial ha emprendido las mismas medidas, ni siquiera operando en el mismo ámbito. Valga de anécdota que, por ejemplo, en la hostelería, las medidas para evitar el contagio, en algunos establecimientos se han circunscrito a la preservación de los dos metros de distancia interpersonal y la puesta a disposición de gel hidroalcohólico, mientras que, en otros, se han llegado a instalar purificadores de aire, máquinas de ozono, entre otros, de evidente superioridad en coste.

2.2. Acerca de su ilegalidad

Con frecuencia, los argumentos que se han reproducido en los medios a favor de la ilegalidad de estos “suplementos”, han estado caracterizados por su parquedad. En efecto, se ha defendido que las medidas anti-COVID no son repercutibles, en la medida en que, con anterioridad a la pandemia, ya se venían implementando medidas higiénicas (el pasado de una bayeta en las mesas en el caso de la hostelería, o el empleo de uniformes). No obstante, es un argumento que se puede observar algo peregrino precisamente, por el hecho con que concluimos el anterior epígrafe: la existencia de sectores cuyas medidas difieren en mucho con otras medidas empleadas. Es ésta la realidad de los dentistas, y también la de muchos centros sanitarios privados que se han visto obligados a proveerse de los consabidos E.P.I (equipos de protección individual), conformados no sólo por las mascarillas y los guantes que ya podían haber estado presentes antes de la irrupción del COVID-19, sino por buzos, máscaras faciales protectoras, de coste superior.

A este argumento, además, se suma la carencia de soporte legal a que se han referido muchos profesionales del Derecho, pero como ya abordamos *ut supra*, y a efectos de no incurrir en reiteraciones innecesarias, dependiendo de qué se entienda por “soporte legal”, puede ser éste, un argumento abocado al fracaso.

Ahora bien, bajo mi punto de vista, el argumento que parece ser la clave de bóveda para sostener la ilegalidad de esta práctica —y que, salvo omisión por mi parte, no ha sido sostenido para defender la débil posición del consumidor— es, paradójicamente, el mismo (aunque, con proyección distinta) en que, como hemos tratado, cupiera basar el “soporte legal” para sostener su legalidad: los impuestos.

Y, es que, en efecto, no debe olvidarse que, tanto la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de



los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), como la Ley 37/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), permiten deducir los gastos inherentes al desempeño de la actividad profesional.

No cabe, pues, la menor duda de que los gastos en que, con ocasión del COVID-19, haya incurrido el empresario a efectos de continuar en el desempeño de su actividad, serían deducibles. De hecho, es la opción que, a mi juicio, debe ser preferente al cobro de los “suplementos COVID-19”. Lo contrario, esto es, de admitirse el cobro de los referidos “suplementos”, y proceder, por su parte, a deducirse los empresarios esos gastos, se generaría, indudablemente, un beneficio empresarial a costa de una práctica, cuanto menos, abusiva, pues el citado “suplemento” no respondería ya a un efectivo coste —y, por ende, una necesidad real—, dado que ya habrían sido oportunamente deducidos a los efectos de la LIRPF, en caso de los autónomos, y de la LIS, en caso de las sociedades mercantiles.

Es de justicia aludir también, para la defensa de la ilegalidad de estos “suplementos”, a los peligros que su reconocimiento e imposición comportarían para el consumidor y la clara desventaja a que le abocarían.

Repárese, por ejemplo, en la vaguedad con que actualmente se encuentran formulados estos “suplementos COVID-19” allá donde se han impuesto; sin límites cualitativos a los mismos. Cabe, en consecuencia, que esta oscuridad redunde en un claro perjuicio del consumidor, inerme frente a la posibilidad de comprobar los gastos a que obedece su imposición, y con una posibilidad más que real de que se incluyan gastos que no respondan exclusivamente a la situación provocada por el COVID-19.

A mayor abundamiento, e íntimamente ligado a lo anterior, véase también la inexistencia de límites cuantitativos, referidos al precio a pagar en concepto de “suplementos COVID-19”. Se favorecen con ello, claras conductas abusivas, que no reflejen el coste afrontado por el empresario al adquirir los medios de protección, sino cifras muy superiores.

Si bien es cierto que estos dos riesgos aquí enunciados, no son insalvables, lo cierto es que las medidas que debieran emprenderse para paliarlos, son sumamente amplias: desde regular, por Real Decreto-Ley —preferiblemente, el mismo que, a futuro, los contemplase caso de ser admitidos—, un listado exhaustivo del tipo de costes que pueden ser incluidos bajo el concepto de los “suplementos COVID-19”, así como un límite que, proporcional al precio del bien o servicio adquirido, no pueda superarse. Empero, para ello, sería necesario establecer también un férreo sistema de facturación y justificación de los gastos.



Por último, cabe decir que no debe despreciarse tampoco, a efectos de valorar la ilegalidad de estos “suplementos”, la dificultad para individualizar el coste provocado por el empleo de medidas de desinfección y que puede, a su vez, desencadenar en una imposición abusiva. Veamos, para centrar el problema que ello supone, el caso de las compras en establecimientos mercantiles, y la instalación en los mismos de máquinas purificadoras de aire, máquinas de ozono, a que ya nos referimos en líneas anteriores. En estos casos, es más que evidente que, en la medida en que acuden a dichos establecimientos consumidores que puede que no vayan a realizar ninguna compra, el repercutir estos costes a modo de “suplemento” sobre el consumidor que, efectivamente, realiza una adquisición, sería sumamente agravador. Esto es: también se ha beneficiado del empleo de medidas higiénicas aquel consumidor que, acudiendo al establecimiento en cuestión, no ha realizado ninguna compra y, por tanto, no se ha repercutido cantidad alguna sobre él.

3. CONCLUSIONES

Aducidos, y desgranados, los argumentos a favor de la legalidad y la ilegalidad de los “suplementos COVID-19” que, lamentablemente, ya han irrumpido en nuestras vidas, puede constatarse con una facilidad pasmosa el carácter no absoluto de estos argumentos. Y es que, en efecto, se puede observar cómo el mismo argumento dado “a favor” de su existencia y legalidad, puede servir precisamente, para sostener su ilegalidad y consiguiente proscripción.

Ahora bien, igual de evidentes y categóricos, considero, son los argumentos ofrecidos en contra de la imposición de estos “suplementos”, pues es indubitado el perjuicio que pueden ocasionar para el consumidor. Más aún, cuando cabe la posibilidad de que, a efectos fiscales, estos costes que ahora tratan los empresarios de paliar a través de los “suplementos COVID-19”, sean deducidos y, por ende, resarcidos. De este extremo cabe derivar una importante conclusión, cual es la estrecha ligazón entre el Derecho de Consumo, las normas reguladoras del mismo, y las restantes materias del ordenamiento; en particular, el Derecho Tributario. Resulta, por tanto, más que procedente efectuar una mirada, en ciertas ocasiones, a otras ramas del Derecho para así, dotar de una protección real y efectiva del consumidor.

Ya enunciamos a comienzos de este trabajo el reflejo que ha tenido la situación provocada por el COVID-19 en la vulnerabilidad del consumidor. Sin embargo, a mi juicio, se ha desaprovechado una buena oportunidad para, desde la política europea, con la Nueva Agenda del Consumidor, poner algo de claridad al respecto de prácticas de probidad tan dudosa, y que tanto pueden comprometer la protección efectiva del consumidor por la



que durante tantos años se ha venido abogando en el seno de la Unión Europea. Empero, también es de justicia aclarar que no todo está perdido por lo que respecta a estos “suplementos” aquí analizados, pues queda la baza del legislador nacional, que aún puede estar a tiempo de abordar esta práctica empresarial, declarar su ilegalidad en un instrumento que vaya más allá de una nota informativa —y que, por ende, revista mayores garantías de cumplimiento—, e implementar una sólida política de recuperación empresarial de la mano de ayudas fiscales. Es indubitado que así, se facilitaría el resurgir del sector empresarial sin que el consumidor —ahora más que nunca, vulnerable—, pague un alto precio por ello.