



Estado de alarma y consumidores: desproteger al que se proclama proteger. (Consideraciones respecto al artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo)

Eduardo Sánchez Álvarez

*Doctor en Derecho, profesor asociado de Derecho Civil.
Universidad de Oviedo*

Extracto

La pandemia de la COVID-19 está condicionando de manera prácticamente integral nuestro devenir cotidiano desde que irrumpió con protagonismo absoluto en nuestras vidas. La respuesta estatal a este desafío para nuestra sociedad, el empleo, la actividad económica... está siendo constante y variable, siempre abrumadora, intentando adaptarse a la propia dinamicidad de la situación crítica en curso. Semejante respuesta se canaliza y vertebrata jurídicamente en un batallón de normas de distinto rango, contenido y alcance. Una de ellas tiene por objeto aparente la protección de los consumidores en una modalidad contractual específica: el contrato de viaje combinado; y toma cuerpo mediante el artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo. Al análisis crítico de esa farragosa norma dedicamos estas reflexiones desde una premisa crucial: ¿verdaderamente el legislador está cumpliendo su obligación de protección al consumidor, máxime considerando la tribulación que estamos atravesando?

Palabras clave: viaje combinado; ley; consumidor; pandemia.

Fecha de entrada: 15-07-2020 / Fecha de aceptación: 31-07-2020

Cómo citar: Sánchez Álvarez, E. (2020). Estado de alarma y consumidores: desproteger al que se proclama proteger. (Consideraciones respecto al artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo). *Revista CEFLegal*, 235-236, 5-30.



State of alarm and consumers: unprotecting the person proclaimed to be protected. (Considerations regarding article 36.4 of Royal Decree-Law 11/2020, of 31 March)

Eduardo Sánchez Álvarez

Abstract

The pandemic of the COVID-19 is conditioning in a practically integral way our daily development since it burst with absolute protagonism in our lives. The state's response to this challenge for our society, employment, economic activity... is being constant and variable, always overwhelming, trying to adapt to the very dynamism of the current critical situation. Such a response is legally channelled and structured into a battalion of rules of varying rank, content and scope. One of them is apparently aimed at protecting consumers in a specific contractual mode: the package travel contract; and it takes shape through article 36.4 of Royal Decree-Law 11/2020, of 31 March. To the critical analysis of this cumbersome rule we dedicate these reflections from a crucial premise: Is the legislator really fulfilling his duty of consumer protection, especially considering the tribulation we are going through?

Keywords: travel combined; law; consumer; pandemic.

Citation: Sánchez Álvarez, E. (2020). Estado de alarma y consumidores: desproteger al que se proclama proteger. (Consideraciones respecto al artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo). *Revista CEFLegal*, 235-236, 5-30.



Sumario

1. Introducción
 2. El régimen jurídico vigente en materia de viajes combinados con anterioridad al estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo
 3. Estudio del artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo
 - 3.1. El artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo
 - 3.2. En concreto, su apartado cuatro
 4. Valoración crítica
 - 4.1. El artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo
 - 4.2. En concreto, su apartado cuatro
 5. Apunte conclusivo
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Obviamente, nuestras vidas han quedado enormemente trastocadas por la irrupción en ellas del ya desgraciadamente famoso virus SARS-CoV-2 y la contagiosísima enfermedad de la COVID-19 que provoca. El reguero de daños que va dejando como estela a su paso es descomunal: vidas humanas, los temores más que razonables a rebrotes o sucesivas oleadas de la infección sin que la ciencia médica haya dado aún con una vacuna o, al menos, con tratamientos paliativos eficaces, un parón en todas nuestras actividades habituales para, mediante un confinamiento domiciliario, intentar aminorar o detener la transmisión del patógeno, una crisis económica cuyos albores presenciamos temerosos de su duración y profundo alcance, y la subsiguiente crisis social que con altas probabilidades también habremos de atravesar.

Aunque particularmente estimemos que la situación se halla lejos de haberse superado, estamos trabajando como sociedad en la búsqueda de retomar en la medida de lo posible el pulso cotidiano de nuestras actividades, la añorada rutina previa a la pandemia. Hemos tenido forzosamente que aceptar lo que eufemísticamente se viene denominando como «nueva normalidad», concepto verdaderamente falsario, pues si se la cualifica así en realidad se está reconociendo que no se compadece bien con la verdadera normalidad, la que conocíamos hasta la llegada del virus.

Ante semejante tribulación, el Estado ha articulado mecanismos excepcionales, desconocidos en su intensidad y alcance por las generaciones vivas, para intentar luchar contra ella, atajarla y frenarla. Al amparo de lo previsto en el artículo 116 de nuestra Constitución (CE) se ha activado un estado de alarma, con sensible limitación (cuando no suspensión, aunque no entraremos en esa diatriba jurídica de honda relevancia)¹ de derechos de la ciudadanía orientada a detener la propagación del virus. Tal estado se acordó mediante el Real Decreto

¹ *V. gr. cfr.* Urrutia Sagardia (2020). Respecto a los límites que no podría desbordar un estado de alarma, *vid.* Cruz Villalón (2004) o Aba Catoira (2011). En particular sobre esta situación que hemos atravesado, Fernández de Gatta Sánchez (27 de mayo de 2020) y (17 de junio de 2020).

463/2020, de 14 de marzo, prolongándose en virtud de las sucesivas prórrogas concedidas por el Congreso de los Diputados durante más de tres meses. Convertido ese decreto, cierto es que con valor formal o rango de ley (ATC 7/2012, de 13 de enero; y STC 83/2016, de 28 de abril), en auténtica y primordial fuente del ordenamiento jurídico español a lo largo de todo ese periodo, lo cierto es que sus desarrollos normativos para tratar de acometer y solventar todas las incidencias que por los distintos lares de la realidad iban surgiendo se han plasmado en una infinidad de normas jurídicas, principalmente normas reglamentarias y decretos-leyes fundados en la objetiva situación de extraordinaria y urgente necesidad en presencia (art. 86.1 CE), pero también en un batallón de disposiciones gubernativas de concreción de aspectos específicos (circulares, instrucciones, protocolos...).

No podemos negar que ello ha dificultado sensiblemente la cognoscibilidad, sensata y sosegada, del conjunto normativo en cuestión. Una situación así, crítica para la sociedad, ha justificado poderes extraordinarios, concentrados especialmente en el Gobierno, exteriorizada en esta suerte de apoteosis gubernativa que toma cuerpo en toda esa muchedumbre normativa. Además, la propia dinamicidad de la crisis coadyuva a complicar más una visión de conjunto de esta problemática. Se han tenido que ir modificando, alterando, derogando y desplazando... muchas de esas normas, sustituyéndolas por otras, reglando campos análogos cuando no idénticos².

A esta dificultad habría que añadir otro tipo de potenciales excesos normativos en los que nuestro legislador de urgencia ha podido incurrir, aprovechando la situación en curso para reglar otros extremos que, aparentemente, poco o nada tienen que ver con la crisis surgida, convirtiendo a esas normas en leyes ómnibus en donde caben aspectos de lo más variopinto sin gran conexión conceptual entre ellos, en una demostración que se considera tangible de una técnica legislativa, cuando menos, sumamente cuestionable.

En este trabajo buscamos la exposición y análisis crítico de una disposición concreta nacida al socaire del referido estado de alarma en relación con un aspecto extremadamente específico apegado al ámbito académico del derecho civil, por suponer un contrato en particular: los viajes combinados o, más detalladamente, el efecto suspensivo y las consecuencias jurídicas que el impeditivo advenimiento de la pandemia le ha infligido a la práctica totalidad de los que ya se hallaban concertados para el periodo en que la misma experimentó mayor eclosión, provocando el ya mencionado parón en la totalidad de la actividad cotidiana y su correlativa movilidad.

Se contextualizará debidamente la cuestión partiendo de la regulación (muy reciente, todo sea dicho) que existía en la materia con anterioridad a esta crisis, considerando singu-

² Sobre esta técnica legislativa atropellada, y la subsiguiente generación de múltiples encrucijadas y perplejidades interpretativas, cfr. Cerdeira Bravo de Mansilla (2020, pp. 46-49), o del mismo autor (5 de junio de 2020), con finura, crítica aguda y acertadísima.



larmente su origen y posición jerárquica en el sistema de fuentes; se expondrá con ánimo de suficiente minuciosidad el remedio extraordinario introducido por el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, afectando a este terreno; y se concluirá extrayendo una valoración que, adelantamos, será crítica a su adopción.

2. El régimen jurídico vigente en materia de viajes combinados con anterioridad al estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo

Para la regulación de los viajes combinados con anterioridad al latigazo provocado por la pandemia, contábamos con un sistema normativo completo y bastante reciente que trataba de colmar adecuadamente previas carencias, máxime estimando la extensión de nuevas formas de contratación apoyadas en los crecientes desarrollos tecnológicos que se han experimentado en los últimos tiempos.

En efecto, el turístico ha venido erigiendo un mercado creciente (crucial, de hecho, en el caso de España, por constituir la primera industria nacional) que no podía permitirse adolecer de una regulación adecuada y plena. Hasta no hace demasiado tiempo, no parece descabellado estimar que tal mercado podía sufrir ciertas escaseces regulatorias ante la eventual carencia de normativa ajustada a semejante emergente realidad, sirviéndose de cauces telemáticos, si es que la vigente no empasta bien con ella –dado que, sin duda, «un tratamiento correcto de la contratación electrónica de servicios turísticos exige poner en relación [...] diferentes normas jurídicas [...] Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico [...] Código Civil –CC, a partir de ahora– y de Comercio [...] 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 –TRLGDCU, en adelante– [...] Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación» (Asensi Meras, 2016, pp. 164-165), en especial si la jurisprudencia tampoco fuera capaz de generar doctrina suficiente para cubrir esas potenciales oquedades con sus resoluciones³ (por ejemplo, en lo que atañía a los denominados paquetes dinámicos)⁴.

Esos nuevos vientos, soplando con fuerza desde el apoyo en la contratación electrónica y autónoma por parte del turista/viajero, con mayor libertad y capacidad de configuración de los servicios concretos a los que deseaba acceder, difuminaban un rasgo históricamente esencial para detectar la presencia de estas figuras contractuales: las tareas gestoras y organizativas del operador concreto que constituían las agencias de viajes,

³ Cfr. Cavanillas Múgica (2013).

⁴ *V. gr. vid.* Aparicio Vaquero y Batuecas Caletrío (2014).

anteriormente fijado «como requisito configurador del viaje combinado» (Asensi Meras, 2016). Es innegable que la generalización en el uso de internet en la contratación apegada a esta actividad económica, junto a la génesis de múltiples empresas turísticas que se ponen a través de su conducto en contacto con el e-turista/consumidor, provocó a su vez que múltiples productos y paquetes de esta índole pudieran quedar huérfanos de un marco normativo rector adecuado.

Valorando factores como este, se acometió con empeño una regulación nueva y acorde a estas realidades ya impreteribles. Ante todo, resultó ser el legislador europeo –con las consecuencias aparejadas a ello, *infra*– quien se afanó en dar cumplimiento a tan sentida necesidad normativa con la aprobación de la Directiva 2015/2302, del Parlamento y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo. Su objetivo básico estribó en la búsqueda del ajuste de estas nuevas realidades de contratación –en un ámbito turístico ergo de consumo, reténgase e *infra*– para la integral protección del viajero, pretendiendo un sensible reforzamiento en la transparencia y seguridad jurídica de los sujetos que operan en el mercado turístico. En su artículo 2 se dispuso expresamente que su ámbito material de aplicación pasaba a contemplar dos tipos de modalidades: por una parte, los viajes combinados –ya preexistentes pero a quienes se brinda un nuevo contenido jurídico– y, por otra, los que define y denomina servicios de viajes vinculados que facilitan varios empresarios turísticos a viajeros/usuarios⁵. En lo que a estas reflexiones atañe, ha de significarse que la directiva conceptúa de manera dispar en parangón a lo que se venía manteniendo precedentemente a los viajes combinados (abarca tanto al paquete tradicional diseñado por el empresario como al dinámico que personaliza el cliente, cumpliendo los requisitos prefijados)⁶.

⁵ «Entre los que se comprenden, además del transporte de pasajeros y el alojamiento que ya contemplaba el TRLGDCU, el alquiler de vehículos y cualquier otro servicio turístico [...]. Se entiende al menos dos tipos diferentes [...] que [...] sin constituir un viaje combinado, den lugar a la celebración de contratos distintos con cada uno de los prestadores individuales de servicios de viaje si un empresario facilita (1) con ocasión de una única visita o contrato con su punto de venta, la selección y el pago separado de cada servicio de viaje por parte de los viajeros; o (2) de manera específica, la contratación de al menos un servicio de viaje adicional con otro empresario, siempre que tenga lugar a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje [...]. Se ciñe a establecer la obligación de los empresarios a contratar una garantía que permita reembolsar a los viajeros para todos los pagos realizados en caso de insolvencia y a regular las obligaciones de información precontractual de los empresarios» (Gragera Contador, 24 de enero de 2019).

⁶ «Se modifica la definición de viaje combinado, de forma que se incluyen no solo los paquetes preconfeccionados, sino también la celebración de contratos distintos con diferentes prestadores de servicios de viaje cuando los servicios de viaje (i) son contratados en un único puntos de venta y seleccionados antes de que el viajero acepte pagar, (ii) son ofrecidos, vendidos o facturados a un precio a tanto alzado o global (iii) son anunciados o vendidos como viaje combinado o bajo una denominación similar, o (iv) son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero

Más allá del detalle regulatorio concreto, ha de reseñarse en este momento de la exposición lo más granado de los rasgos genéricos que oxigenan esta normación. A nuestro entender, el dato que la preside se apoya en que «se opta por la armonización de máximos, con base legal en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–, en el que se establecen las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior», conllevando «un claro reflejo en relación con la naturaleza imperativa de las disposiciones reguladas» en la directiva –*infra*– (Feliú Álvarez de Sotomayor, 2019, p. 3). Se da así un giro copernicano en relación con el sustento que envolvía a su antecesora, la Directiva 90/314/CEE, cuando regulaba elementos transcendentales sobre esta materia con innegable flexibilidad, luego brindando margen de manobra eventualmente plural o diferencial a los dispares Estados miembros en la subsiguiente transposición, gestando en relación de causalidad diferentes niveles de protección del turista en función de cada Estado –cfr. considerando 51–.

Ello deja traslucir sin duda un poso indisimuladamente imperativo con brioso ánimo de unificar la legislación rectora sobre este particular en todos los Estados miembros, de tal modo que se consiga un veraz mercado interior por estos lares capaz de brindar iguales derechos y obligaciones, con solvente seguridad jurídica, a quienes en él intervienen –*vid.* art. 1 de la directiva–. A fin de aseverar la complitud regulatoria, si restara algún ámbito no específicamente regulado una vez efectuada la correspondiente transposición, se habría de cubrir por la normativa interna en materia de contratación de consumo dado que, recordemos, dentro de este sector nos movemos. Solamente desde esa expansiva imperatividad en la formulación e implementación de la normativa en cuestión cabe articular, a la postre, un sistema de ejecución forzosa, de llegar el caso, de lo que se establece (por ejemplo, mediante la implementación de medidas sancionadoras, a aplicar de ser preciso para aseverar la viveza plena de lo que se regla). Como luminoso ejemplo que ratifica esta apreciación, muy a tener en cuenta de hecho cara al análisis que aquí se propone, dispone su artículo 23.3 que «toda cláusula contractual o declaración del viajero que suponga una renuncia o limitación directa o indirecta de los derechos conferidos a los viajeros por la presente Directiva o que tenga por objeto eludir su aplicación no será vinculante para el viajero», en el marco general que dibuja el artículo 23.2 en orden a que «los viajeros no podrán renunciar a los derechos que les confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva». Se refuerza así en este entorno material lo que ya prevenía el artículo 10 del TRLGDCU, la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al consumidor y usuario

elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje» (Gragera Contador, 24 de enero de 2019). Como sintetiza Heras García, «la Directiva [...] transfiguró la regulación precedente sobre el viaje combinado [...] ensanchando su alcance y protección, y abarcando otros productos que se encontraban en una indefinición jurídica o no estaban claramente cubiertos por la regulación anterior, introduciendo, asimismo, el concepto de servicios de viaje vinculados [...] como modelo empresarial alternativo» (Heras García, 2020, p. 2).

en todas sus disposiciones, con amplia concepción y contenido, bajo sanción de nulidad de pleno derecho.

La imperatividad y armomización de máximos operada es taxativamente indudable ex artículo 4 de esta Directiva 2015/2302, habida cuenta de que «salvo que se disponga de otro modo en la presente [...] los Estados miembros no mantendrán ni establecerán en su derecho nacional disposiciones contrarias a las establecidas en la presente directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas que den a los viajeros un nivel diferente de protección». La imperatividad de la normación se desprende directamente de la propia formulación verbal, inequívocamente cogente. Ello es totalmente lógico por una cuestión de pura seguridad jurídica: habilitar normaciones dispares dentro de un único mercado fomentaría de inmediato su fragmentación y, por ende, su frustración.

Bien, al encontrarnos ante una formulación normativa europea en forma de directiva, como es sabido, había de transponerse al ordenamiento interno. Tal obligación se cumplimentó, con significativo retardo –todo sea lealmente dicho⁷, mediante el Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre (RDL18, en adelante), convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de enero de 2019. En opinión de Gragera Contador (24 de enero de 2019), el texto del RDL18 «no presenta muchas modificaciones con respecto al contenido básico de la Directiva, limitándose a incorporarla al Derecho español, con pocas variaciones», aunque ciertamente «destaca la decisión del legislador español de optar por una protección de los viajeros superior al estándar marcado por la Directiva, incorporando algunas modificaciones que benefician a los viajeros y extendiendo muchos de sus derechos y obligaciones de los organizadores de viajes combinados a los minoristas».

En el apartado IV de la exposición de motivos del RDL18 se explicitan por el legislador los objetivos que con la norma en cuestión anhela cumplimentar:

- a) En primer término, se efectúa una modificación del ámbito de aplicación de la normativa en la materia, ampliándolo; y se aporta un elenco de definiciones legales armonizadas (v. gr. incrementando el alcance del concepto viaje combinado con extensión a productos de viaje que precedentemente se hallaban dudosamente cubiertos por la normativa rectora; o haciendo que el sujeto protegido sea el viajero –con mayor ámbito que el concepto de consumidor, si cabe– a quien se pasa a catalogar como «toda persona que tiene intención de celebrar un con-

⁷ Compartimos el parecer consistente en que «es de lamentar, otra vez, que nuestro país no haya actuado con la debida diligencia y celeridad, omitiendo el término de la transposición y arriesgándose, de nuevo, a que se le pueda imponer una eventual y considerable sanción pecuniaria prevenida en el art. 260.3 TFUE tras la incoación por la Comisión del procedimiento formal de infracción núm. 2018/0068» (Heras García, 2020, pp. 3-4).

trato o tiene derecho a viajar en virtud de un contrato celebrado» con arreglo a la nueva regulación que introduce el RDL18, ex art. 151.1 f) TRLGDCU).

- b) La inserción del concepto servicios de viaje vinculados, en el cual el papel que desempeñan los empresarios turísticos consiste en facilitar a los viajeros, «de manera presencial o en línea», la contratación de servicios de viaje, «llevándoles a celebrar contratos con distintos prestadores, inclusive mediante procesos de reserva conectados», teniendo presente que erigen un modelo empresarial alternativo al de los viajes combinados. En cualquier caso, se exige la conjunción de determinados servicios de viaje para poder ser configurados como tales.

Remitiéndonos ya sin más dilación a la regulación implementada como derecho positivo, el RDL18 introduce una nueva redacción al libro cuarto del TRLGDCU, que ahora se denomina «viajes combinados y servicios de viaje vinculados». En concreto, se le han añadido algunos preceptos (arts. 150 a 170) y un par de anexos.

Se aporta legislativamente la siguiente definición de viaje combinado (art. 151.1.b TRLGDCU), prácticamente transcrita de la que aporta a su vez el artículo 3.2 de la meritada directiva que se traspone⁸. Se entiende por esta figura:

La combinación de, al menos, dos tipos de servicios de viaje a efectos del mismo viaje o vacación, si esos servicios

1.º son combinados por un solo empresario, incluso a petición o según la selección del viajero, antes de que se celebre un único contrato por la totalidad de los servicios, o

2.º con independencia de la celebración de contratos distintos con diferentes prestadores de servicios de viaje, esos servicios:

i) son contratados en un único punto de venta y seleccionados antes de que el viajero acepte pagar,

ii) son ofrecidos, vendidos o facturados a un precio a tanto alzado o global,

iii) son anunciados o vendidos como «viaje combinado» o bajo una denominación similar,

iv) son combinados después de la celebración de un contrato en virtud del cual el empresario permite al viajero elegir entre una selección de distintos tipos de servicios de viaje, o

⁸ Vid. Reyes López (2019).

v) son contratados con distintos empresarios a través de procesos de reserva en línea conectados en los que el nombre del viajero, sus datos de pago y su dirección de correo electrónico son transmitidos por el empresario con el que se celebra el primer contrato a otro u otros empresarios con quienes se celebra otro contrato, a más tardar veinticuatro horas después de la confirmación de la reserva del primer servicio de viaje.

La combinación de servicios de viaje en la que se combine como máximo uno de los tipos de servicios de viaje a que se refieren los apartados 1.º, 2.º o 3.º de la letra a) con uno o varios de los servicios turísticos a que se refiere su apartado 4.º, no se considerará un viaje combinado si estos servicios turísticos no representan una proporción igual o superior al veinticinco por ciento del valor de la combinación y no se anuncian o no constituyen por alguna otra razón una característica esencial de la combinación, o si solo han sido seleccionados y contratados después de que se haya iniciado la ejecución de un servicio de viaje contemplado en los mencionados apartados 1.º, 2.º o 3.º

Un viaje combinado, pues, implica la conjunción de, como mínimo, dos tipos de servicios de viaje en un único itinerario, si es que pueden englobarse en alguno de dos bloques: (1) que resulten combinados por un solo empresario (aun cuando los pida o seleccione el viajero) antes de celebrar un solo contrato por todos los servicios. (2) Al margen de que se celebren contratos dispares con prestadores de servicios diferentes, si estos servicios resultan ser algunos de los que se ha explicitado.

Correlativamente, un contrato de viaje vinculado, ex artículo 151.1 c) del TRLGDCU, se cataloga como «el contrato por el conjunto del viaje combinado o, si dicho viaje se realiza con arreglo a contratos distintos, todos los contratos que regulen los servicios de viaje incluidos en el mismo».

Apunta Las Heras la cuestión dudosa relativa a la forma de este contrato, particularmente si la misma es o no un requisito esencial del mismo (*ad solemnitatem/ad probationem*, respectivamente) habida cuenta de que «con la nueva dicción de los arts. 153, 154 y 155 TRLGDCU se podría mantener [...] que nos hallamos ante un contrato formal» (Heras García, 2020, p. 8). Entendemos, al igual que el autor citado, que el contrato de viaje combinado no es formal, engarzándose al criterio general prevenido por el artículo 1.278 del CC, dado que su no formulación escrita no lleva aparejada causa de nulidad o ineficacia de ningún tipo. La eventual carga de la prueba del cumplimiento de los deberes de información insertos en el contenido del contrato, de llegar el caso, competiría al empresario (art. 156 TRLGDCU).

Debemos retener también que el contrato finaliza de varias formas, aparte de la lógica ejecución del mismo (considerando las modulaciones de los arts. 161, 162 y 163 TRLGDCU). A ella habrá que añadir la resolución, la cancelación por parte del organizador (con reembolso del total de los pagos si no se alcanzara el *quorum* mínimo de viajeros fijados



con deber correlativo de comunicación al viajero conforme al art. 160.2.a TRLGDCU, o si le resulta imposible la ejecución por causas extraordinarias e inevitables, teniéndose asimismo que comunicarlo al viajero en un tiempo prudente) y el ejercicio del derecho de desistimiento previo al comienzo del viaje contratado.

3. Estudio del artículo 36.4 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo

Al pasar a analizar el precepto objeto de estas líneas, podemos para una mejor exposición escindir un par de bloques argumentales directamente extraíbles del tenor normativo implementado.

3.1. El artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo

Bien, en el curso del estado de alarma al que hemos hecho referencia más arriba, se dictó 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 (RDL19, a partir de ahora). Leemos en su exposición de motivos que «es necesario dotar a los consumidores y usuarios de los mecanismos que garanticen sus derechos y su protección», lo que se aspira a lograr con la adopción de «diferentes medidas aplicables a los contratos de compraventa de bienes y de prestación de servicios, sean o no de tracto sucesivo, cuya ejecución sea imposible como consecuencia de la aplicación de las medidas adoptadas en la declaración del estado de alarma», añadiendo que «en estos casos, los consumidores y usuarios podrán ejercer el derecho a resolver el contrato durante un plazo de 14 días».

Entiende Marín López que «la finalidad de la norma es que las partes intenten alcanzar un acuerdo que permita mantener la vigencia del contrato [...]. La norma parece obligar al consumidor a negociar con el empresario una solución pactada, que puede consistir, por ejemplo, en aceptar bonos o vales por el importe del precio que el consumidor podrá usar en el futuro», si bien debe quedar meridianamente claro que «en realidad el consumidor no está obligado a negociar, ni tiene por qué aceptar una propuesta de acuerdo que el empresario considere razonable», dado que lógicamente «el empresario no puede imponer una revisión del contrato que, a su juicio, sea equilibrada y exigir al juez que la decrete» (Marín López, 28 de mayo de 2020, pp. 1-2).

En primer término, se estima necesario contextualizar someramente el inciso que nos interesa dentro del precepto al que se incardina, el extensísimo artículo 36 del RDL19, el cual lleva por denominación aparentemente diáfana «derecho de resolución de determina-

dos contratos sin penalización por parte de los consumidores y usuarios»⁹, incluyendo en su seno cuatro apartados: El primero que autoriza al consumidor a resolver el contrato que haya celebrado con un empresario si este no puede cumplirlo a resultas de las medidas adoptadas con base en el declarado estado de alarma, si bien previamente debe haberse intentado lograr un acuerdo de novación del contrato por un periodo mínimo de 60 días. El segundo, relativo a los efectos de la resolución del contrato en virtud de los cuales el empresario habría de devolver al consumidor las cantidades que previamente le hubiera abonado. El tercero, que regularía qué régimen sería aplicable a contratos de servicios de tracto sucesivo. Por fin, el cuarto, que constituye nuestro objeto de estudio, reglaría los efectos de la resolución del contrato de viaje combinado ocasionado por la pandemia.

El presupuesto fáctico material de este conjunto de prevenciones contractuales requiere una serie de condiciones que han de apreciarse y concurrir fehacientemente, a modo de ordenado *iter* lógico y cronológico. Ante todo, es preciso que nos hallemos ante un contrato celebrado por un consumidor con un empresario. En segundo término, en ese vínculo contractual, con el valor *inter partes* que consagra el artículo 1.091 del CC, el empresario incumple la obligación que le corresponde satisfacer, sin que el RDL19 distinga entre potenciales tipos de obligaciones, por lo que entendemos que abarcaría a cualesquiera de ellas (art. 1.088 CC). Semejante incumplimiento empresarial es debido a una imposibilidad surgida sobrevenidamente a rebufo del estado de alarma decretado, más específicamente (lo que ha de considerarse *a contrario sensu* para dejar fuera del radio de acción material del precepto otros incumplimientos producidos, aun a causa de los efectos de la pandemia) «de las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma». Entiéndase en sus justos términos ese tenor legal reproducido: no es que el RDL19 busque aplicabilidad a cualquier eventualidad nacida de la irrupción de la epidemia, sino que el incumplimiento que declara sujeto a sus previsiones ha de tener raíz en medidas adoptadas para su atajamiento, es decir, tomadas por las autoridades correspondientes mediante los mecanismos normativos correlativos (legales, reglamentarios, administrativos, etc.)¹⁰. Así pues, este régimen especial no suplanta integralmente otras previsiones que pudieran incidir en las situaciones acaecidas (por ejemplo, el art. 1.105 CC): si el incumplimiento del contrato en liza se debiera a aspectos apegados a la epidemia, pero no tuviera directa motivación en las

⁹ Marín López (13 de abril de 2020, p. 4) sistematiza el precepto en liza: «Se aplica a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores [...]. No contiene una definición de consumidor y empresario. A estos efectos, habrá que estar al concepto de consumidor y empresario de los arts. 3 y 4 TRLGDCU o, en su caso, al concepto específico de consumidor que se contiene en la concreta normativa reguladora del contrato de que se trate [...]. Se ocupa de los contratos celebrados por consumidores, ya sean de compraventa de bienes o de prestación de servicios, incluidos los de tracto sucesivo [...]. Tiene vocación omnicomprensiva. Se aplica a cualquier contrato, sea cual sea su naturaleza o su denominación [...]. Entra en juego, por tanto, en la compraventa de bienes muebles o inmuebles, o en la prestación de servicios de cualquier clase».

¹⁰ En efecto, «la imposibilidad de cumplimiento debe provenir de las medidas adoptadas, no del propio riesgo Covid-19» (Vilalta Nicuesa, 12 de mayo de 2020).

medidas adoptadas por las autoridades competentes y, cumulativamente, durante su vigencia, seguiría en aplicación el conjunto de normas generales existentes precedentemente. Por fin, a nuestro juicio, es indiferente que el incumplimiento obligacional empresarial, siempre y cuando se produzca a razón y en las coordenadas legalmente implementadas, resulte total o parcial, habida cuenta de que el tenor normativo no efectúa distinción alguna en ese sentido. Lo verdaderamente importante más bien parece ser que tenga una entidad tal que habilitara al consumidor a resolver el contrato.

Procesalmente, desde el criterio de la *onus probandi*, y si se arribara a sede judicial como consecuencia del tratamiento legal brindado a este tipo de relaciones jurídico-contractuales, no se apreciaría ninguna disrupción en el régimen global prefijado por el artículo 217 de la Ley de enjuiciamiento civil. Debería el consumidor probar el incumplimiento contractual, mientras el empresario habría de probar que tal incumplimiento se debe a las causas cubiertas por la prevención del RDL19, esto es, originado directamente por las medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma decretado.

Por otra parte, también resulta preciso hacer mención a la vigencia temporal del artículo 36 del RDL19. Lógicamente, se aplicará a partir de su entrada en vigor (en concreto, el 2 de abril de 2020). Pero, ¿podemos considerar que cuente también con aplicación retroactiva? En ausencia de prevención específica sobre este aspecto en sus disposiciones transitorias, aspecto criticable habida cuenta la complejidad del régimen normativo introducido que hubiera justificado sobradamente pronunciamiento legislativo sobre el particular, debemos acudir al régimen general y supletorio contenido en el CC (art. 4.3 de este cuerpo normativo). La clave en este sentido, a nuestro parecer, radica en la fecha específica en la que se haya producido el incumplimiento contractual del empresario a causa de esas medidas adoptadas durante la vigencia del estado de alarma; y también, eventualmente, en la actitud que pudiera haber tomado precedentemente el consumidor (si antes del 2 de abril de 2020 ya hubiera ejercitado sus derechos resolutorios). No olvidemos que, al afrontar la interpretación y proyección de estas normas, habríamos, a nuestro juicio, de tener en consideración la prevención del artículo 4.2 del CC; es decir, al hallarnos ante la que consideramos una norma excepcional y de ámbito temporal, cosida al estado de alarma decretado, no puede aplicarse «a supuestos ni en momentos distintos que los comprendidos expresamente en ellas».

3.2. En concreto, su apartado cuatro

Tras este esbozo ubicativo, nos referiremos ya solamente al precepto sobre el que centramos nuestro análisis. Dispone el artículo 36.4 del RDL19 lo siguiente:

En el supuesto de que se trate de contratos de viaje combinado, que hayan sido cancelados con motivo de la COVID-19, el organizador o, en su caso el minorista, podrán entregar al consumidor o usuario, previa aceptación por parte de este, un

bono para ser utilizado dentro de un año desde la finalización de la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas, por una cuantía igual al reembolso que hubiera correspondido. Transcurrido el periodo de validez del bono sin haber sido utilizado, el consumidor podrá solicitar el reembolso completo de cualquier pago realizado que deberá abonarse, a más tardar, en 14 días. En cualquier caso, el eventual ofrecimiento de un bono sustitutorio temporal deberá contar con el suficiente respaldo financiero que garantice su ejecución.

Del farragoso tenor del precepto transcrito, *prima facie*, podemos extraer como rasgos esenciales los siguientes: (1) Su ámbito material se reduce rigurosamente a los viajes combinados. (2) No se aplica, consiguientemente, a otros servicios que no son susceptibles de encajar en la categoría jurídica estricta normativamente predefinida de viaje combinado –p. ej. estancia de hotel contratada aislada e individualmente–¹¹. (3) Respecto a la entrega del bono a que se refiere el precepto reproducido, constituye una opción del empresario que sin embargo resulta obligatoria para el consumidor. (4) El consumidor no podría solicitar que se le restituya el importe abonado por el viaje contratado hasta el transcurso del periodo de un año desde el alzamiento del estado de alarma en curso al promulgar la norma que se anal-

¹¹ Muy minuciosamente, Martínez Espín (28 de mayo de 2020) propone la sistematización de las situaciones a que es aplicable el artículo 36.4 del RDL19. Por el interés objetivo de su propuesta, muy esclarecedora, la reproducimos introduciendo por nuestra parte una numeración: (1) «Viajes cancelados antes de la entrada en vigor del estado de alarma [...] y de la entrada en vigor del RD Ley 11/2020. No es de aplicación el precepto referido, sino el régimen vigente en el art. 160.2 [...] que reconoce el derecho de desistimiento, pero la penalización ya no es fijada por la ley [...], sino por el contrato con las limitaciones establecidas en la ley [...]. Se trata de un desistimiento ejercitado por voluntad del consumidor, incluso cuando la fecha del viaje estaba prevista para el estado de alarma o con posterioridad. Ahora bien, cuando concurren circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino [...] el viajero tendrá derecho a resolver el contrato antes del inicio de este sin pagar ninguna penalización. En este caso, el viajero tendrá derecho al reembolso completo de cualquier pago realizado, pero no a una compensación adicional. El reembolso ha de ser efectivo. No se prevé el canje por bonos, siquiera con carácter indefinido». (2) «Viajes cancelados antes del estado de alarma y por consiguiente del RD Ley pero por motivos del Covid-19. Será de aplicación el art. 36.4. No será de aplicación si la cancelación se debe a otros motivos». (3) «Viajes cancelados durante el estado de alarma y cuya fecha de realización estaba prevista durante el mismo. Ante la imposibilidad de realizar el mismo, es de aplicación el art. 36.4». (4) «Viajes cuya fecha estaba prevista en el ámbito temporal del RD Ley 11/2020 (un mes desde la finalización del estado de alarma). Es de aplicación el art. 36.4». (5) «Viajes cancelados con posterioridad al estado de alarma pero por motivos Covid [...]. En todos estos casos, sería de aplicación el art. 36.4». (6) «¿Hasta cuándo se extiende la cancelación de viajes amparada por la normativa Covid? [...]. La respuesta ha de ser la siguiente: si todavía no se tiene la certeza de la imposibilidad de prestación del servicio, y por tanto de la cancelación del viaje, el consumidor estará obligado a cumplir con las obligaciones contractuales (cumplir con el calendario de pagos). Si, aproximándose la fecha de realización del viaje existe la imposibilidad de ejecución, el consumidor tendrá derecho a la cancelación del viaje, y la agencia podrá entregar un bono para su utilización en el plazo de un año desde la finalización del estado de alarma y sus prórrogas, y si el consumidor no lo ejercita en dicho plazo, podrá exigir la devolución de lo entregado en el plazo de 60 días. Esto es, el miedo no permite reembolsos íntegros».

iza. Más sintéticamente aún, el precepto ordena que el consumidor reciba un bono por el importe satisfecho, «que podrá ser utilizado durante un año desde la finalización del estado de alarma, y que únicamente podrá solicitar el reembolso íntegro del precio cuando haya transcurrido ese año sin haber utilizado el bono» (Marín López, 13 de abril de 2020, p. 2).

Desde este momento, ya podemos apreciar el roce desarmónico de esta prevención con otras normas situadas en su mismo ámbito material. El artículo 12 de la meritada directiva pauta el régimen del reparto de riesgos que puede aparecer en el curso de este contrato, implicando supuestos de resolución del mismo. El artículo 160 del TRLGDCU lo ha reproducido literalmente en la transposición al precepto europeo, de tal forma que, en resumidas cuentas, se establece este régimen: (1) Si es el consumidor quien cancela el viaje combinado ante el surgimiento de circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las intermediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino, aquel tendrá derecho a resolver el contrato en cuestión, así como al reembolso total de cualquier pago realizado, sin ninguna penalización, mas no así a una compensación adicional. Semejante reembolso ha de tener lugar sin retardo, y como máximo en el plazo de catorce días naturales. (2) Si, por el contrario, fuera el organizador del viaje quien le pone fin al mismo, habrá de reembolsar al viajero la totalidad de los pagos, no siendo responsable de ninguna indemnización adicional si esa imposibilidad de ejecución del contrato nace de la aparición de circunstancias inevitables y extraordinarias. En este supuesto, el aludido reembolso habría de producirse en el plazo máximo de catorce días naturales, sin obligación de indemnizar daño al consumidor (*a contrario* que si cancelara por otros motivos).

Entonces, como acertadamente concluye Agüero Ortiz (3 de abril de 2020),

la obligación solidaria del organizador y el minorista comercializador del viaje era el reembolso del precio, de forma que en ningún caso –subráyese– el consumidor podía ser obligado a recibir un bono por su valor, si quiera eterno, pues el cumplimiento de las obligaciones ha de ser exacto e idéntico al contenido de la obligación (arts. 1.157 y 1.166 CC). Así pues, si organizador o minorista impusieran la recepción de un bono, estarían incumpliendo su obligación legal de reembolsar, al imponer la recepción de una cosa distinta a la obligada (...). En resumen, siempre que se cancelase el viaje por imposibilidad sobrevenida, el consumidor tendría derecho al reembolso del precio en un máximo de 14 días naturales, con irrelevancia de quién solicitara la cancelación.

Comparemos esa regulación con la que introduce el artículo 36.4 del RDL19. Y así, comprobamos fehacientemente que:

1. Si es el consumidor quien cancela el viaje por las medidas implementadas a resultados del estado de alarma, se le entrega un bono y no tiene derecho a que se le reembolse lo abonado salvo que los proveedores incluidos en el contrato de viaje combinado

hubieran procedido a la devolución total –reténgase– del importe correspondiente a sus servicios. De ser esos reembolsos parciales, el consumidor solamente tendrá derecho a que se le efectúe una devolución igualmente parcial, idéntica a la recibida previamente por el organizador o minorista y que se descontará del valor total del bono. Además, se previene que el plazo para que vayan teniendo lugar los reembolsos al consumidor afectado sea de 60 días a contabilizar desde la resolución del contrato o desde la fecha en que los diversos proveedores de los servicios integrados en el contrato hayan realizado a su vez su devolución (luego ese cómputo no será tampoco unívoco, habrá tantos cuantos prestadores de servicios insertos en el viaje combinado vayan realizando sus abonos). Por consiguiente,

ahora el consumidor tiene derecho a un bono (no al reembolso) consumible en un año. Pierde pues su derecho al reembolso íntegro en 14 días, al que solo tendrá derecho si no usa el bono en un año. Además, tendrá derecho a reembolsos parciales, solo si es él quien solicita la cancelación, que se irán realizando y descontando de su bono a medida que los prestadores de los servicios vayan pagando al organizador o minorista, en el exagerado plazo de 60 días desde la recepción del pago por el organizador (Agüero Ortiz, 3 de abril de 2020).

Por añadidura, otros factores convergen para coadyuvar a reforzar este marco jurídico-normativo tan lesivo para el consumidor: por ejemplo, ¿cómo puede arbitrar medios probatorios de que los prestadores de servicios han reembolsado en todo o en parte el coste de sus labores al organizador o minorista? ¿No supone ese alargado plazo un enriquecimiento injusto, por no causal o ayuno de título jurídico adecuado, durante ese tiempo para organizador o minorista del contrato? ¿Por qué además no se prevé que puedan devengarse intereses por esa demora?

2. Si, por el contrario, el viaje combinado fuera cancelado por el organizador o minorista al no poder ejecutarlo a resultas de las medidas adoptadas para atajar en lo posible la pandemia con basamento jurídico en el estado de alarma, podrá entregar al consumidor un bono para ser utilizado dentro de un año desde el fin de la vigencia del estado de alarma y sus subsiguientes prórrogas, por un monto igual al reembolso que al referido consumidor le hubiera correspondido. De no usarse el bono en el plazo de un año por el consumidor, el organizador o minorista habría de reembolsarle el precio del viaje.

Tal parece que ese bono queda configurado como un derecho del organizador y una obligación del consumidor, pero se intuye que «esta oferta no puede afectar al derecho del pasajero a optar por el reembolso» (Vilalta Nicuesa, 12 de mayo de 2020) –*infra*–.

Todavía más, se quiebra también la prevención anteriormente arbitrada en orden a que los pagos que realizaran los consumidores en el curso de contratos de viajes combinados hayan de estar imperativamente asegurados por un fondo de garantía

(sea un seguro, aval, u otra garantía de esa índole), (arts. 17 Directiva 2015/2032 y 164 TRLGDCU). Esa garantía debe estar disponible para aseverar, justamente, la eventualidad de que deban producirse reembolsos a los viajeros por contratos no ejecutados. Sin embargo, el artículo 36.4 del RDL19 nada indica sobre el particular. Debe seguir activa esa garantía, pero no se le da aplicación. Al contrario, se priva de la devolución mientras, en puridad, ha de mantenerse la garantía previamente constituida¹².

4. Valoración crítica

Llegado este momento expositivo, procede aportar la valoración crítica que la normación introducida y rápidamente comentada nos sugiere. Siguiendo la sistemática pauta en el apartado precedente, bifurcaremos esas consideraciones, de un lado, sobre el artículo 36 del RDL19 y, de otro, ciñéndonos exclusivamente a su apartado cuarto.

4.1. El artículo 36 del Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo

En una valoración general del artículo 36 del RDL19, podemos indicar que acarrea una sangrante contradicción entre su propia denominación y lo que posteriormente establece en perspectiva material. Se envuelve en una redacción afótica, abigarrada, compleja; pero aun contando con esta externalidad añadida no se conjura ni evita constatar el objetivo que verdaderamente persigue obtener. Semejante antítesis es rotunda y flagrante, inatacable se mire como se mire.

El precepto no protege al consumidor mediante la concesión al mismo de una cualificada facultad resolutoria del contrato afectado por la pandemia en su cumplimiento y la subsi-

¹² La Comisión Europea, ante la cascada de cancelaciones de viajes y la articulación por los Estados miembros de medidas para dar una respuesta a los subsiguientes problemas, dictó la Recomendación 2020/648, en la que se argumenta que, considerando la normativa europea, se reconoce que esas numerosas cancelaciones han conducido a los sectores afectados a «una situación insostenible de tesorería e ingresos». Por eso, «si los organizadores o los transportistas se declaran insolventes, existe el riesgo de que muchos viajeros y pasajeros no reciban reembolso alguno». De ahí que se estime que la emisión de bonos de viaje pueda ser la mejor manera de proteger los intereses de pasajeros y viajeros, instándose a las empresas a hacer atractivos esos mecanismos (protegidos contra su insolvencia, canjearse en periodos largos de tiempo, transferibles sin coste adicional para el viajero...). Ello, con todo, no significa en absoluto la imposición del empresario de estos remedios. Lo que la Comisión pretende es abogar por la cooperación entre empresario y consumidor. Concretamente, insta a «cooperar de buena fe y esforzarse por lograr un reparto equitativo de las cargas provocadas por la pandemia». La cooperación implica negociación, pacto, desde luego no que el legislador implemente medidas imperativas que únicamente resulten beneficiosas para una de las partes en el contrato.

guiente recuperación del precio abonado a resultas de su concertación. Lo que el precepto verdaderamente tutela sin disimulo es al empresario, evitando una avalancha de reclamaciones de los consumidores en los distintos contratos con él celebrados que, lógicamente, le podrían colocar en gravísimas dificultades de tesorería si es que tuviera que devolver todos esos montos en un periodo de tiempo prácticamente simultáneo. No es cuestionable que se proteja a los empresarios, muy especialmente a los que ostenten posiciones más débiles, ante la calamidad surgida, evitando que sufran un mayor perjuicio si cabe a resultas de todas estas devoluciones. Pero, ¿es aceptable obrar así en detrimento o perjuicio del consumidor? De hecho, no se opera en esa línea ante la situación inversa (consumidor en dificultades económicas que se agraven por el cumplimiento de las obligaciones de un contrato previo, sobre todo al no poder invocar el artículo 1.182 del CC por concurrencia de una causa sobrevenida de incumplimiento si el abono del precio constituye una obligación genérica por definición, *genus nunquam perit*), lo que refuerza ese sesgo partidista del legislador y volatiliza un imprescindible equilibrio de las prestaciones en juego.

La subversión que conlleva el precepto no se puede ocultar. Incumplida una obligación por el empresario, aun por las causas sobrevenidas conocidas, e instada por el consumidor en ejercicio de sus derechos subjetivos legalmente reconocidos la resolución del contrato, no es asumible que se le pueda imponer a este una solución diferente a la que previamente, con carácter ya típico, se hallaba predeterminada (es decir, el reembolso del precio abonado). Carece de sentido jurídico haber implementado esta solución perjudicial al consumidor ante un supuesto de incumplimiento contractual ocasionado por una arquetípica fuerza mayor.

La protección al empresario (y a la actividad económica, en última instancia) no justifica suficientemente la perversión normativa perpetrada: el artículo 36 del RDL19 es una norma jurídica falsaria, que intenta enmascarar lo que regula con una proclamación absolutamente opuesta. Así es, en realidad el artículo 36 del RDL19 tiene por meta paralizar el ejercicio de la acción de resolución que constituye un derecho subjetivo de los consumidores (entendemos, *odiosa sunt restringenda*, que no las demás que le asistan, v. gr. una reclamación de daños y perjuicios ex art. 1101 CC).

4.2. En concreto, su apartado cuatro

En lo que al artículo 36.4 del RDL19 específicamente atañe, ha de decirse que el artículo 160.2 del TRLGDCU, antes de la puesta en vigor del RDL19, ya prevenía el régimen jurídico del derecho a la resolución del viaje combinado por parte del consumidor ante circunstancias de fuerza mayor, disponiendo que

cuando concurren circunstancias inevitables y extraordinarias en el lugar de destino o en las inmediaciones que afecten de forma significativa a la ejecución del viaje combinado o al transporte de pasajeros al lugar de destino, el viajero tendrá derecho a resolver el contrato antes del inicio del mismo sin pagar ninguna pena-



lización. En este caso, el viajero tendrá derecho al reembolso completo de cualquier pago realizado, pero no a una compensación adicional.

De otro modo, y en presencia de las circunstancias reflejadas, el empresario contaba con la facultad de ofrecer al consumidor un viaje alternativo; y este podía optar por aceptarlo o por la resolución del contrato sin penalización de ningún tipo. Quizás podamos estimar que esta regulación preexistente era suficientemente garantista y beneficiosa para los intereses jurídico-contractuales en juego, máxime en comparación con lo que pasa ahora al implementar el artículo 36.4 del RDL19.

Parece obvio que el precepto en quien centramos nuestra intención no aporta ningún tipo de garantía o beneficio extra al consumidor. Todo lo contrario: restringe y poda derechos, dado que se condiciona su derecho de resolución del contrato, que conllevaría reintegro de las cantidades abonadas, a que «los proveedores de servicios de viaje combinado efectuaran la devolución al organizador o, en su caso, al minorista», o a que cuando «la cuantía devuelta por cada uno de ellos fuera parcial, el consumidor o usuario tendrá derecho al reembolso parcial correspondiente a las devoluciones efectuadas, siendo descontado del importe del bono entregado por la resolución del contrato». Es decir, en virtud de la normación del artículo 36.4 del RDL19 el consumidor únicamente ostenta derecho a resolver el contrato y a la restitución de lo abonado si los distintos prestadores de los servicios del viaje combinado restituyen a su vez al organizador las sumas que pudiera haberles entregado. Si la devolución fuera parcial, el consumidor podría recibir la misma añadiéndosele un bono por las que restaran, a fin de ser utilizado en el plazo de un año a contar desde la finalización del estado de alarma y sus prórrogas.

Evidentemente, lo que el RDL19 perpetra es un asalto a los derechos de los consumidores y una subversión de los criterios introducidos por la directiva y transpuestos por el RDL18.

Resulta igualmente dudoso fijar los medios por los cuales los bonos que se entregaran a los consumidores se encuentren garantizados. Es evidente que han de estarlo, pero al no concretar cómo el texto normativo, quizás esa garantía se pueda debilitar.

Así las cosas, el legislador nos ofrece una mentira radical. El consumidor ya contaba con un derecho subjetivo de reembolso en caso de que el viaje combinado afectado no pudiera realizarse por haber sobrevenido una imposibilidad material, como así ha sucedido con la pandemia. Pero, lo que es cualitativamente más grave a nuestro entender, no se ha protegido de ninguna forma al consumidor, sino al empresario, minorista u organizador de viajes combinados, al disipar o volatilizar su obligación de reembolso correlativa al derecho del consumidor.

En una óptica centrada en la interconexión de la norma en estudio con el resto del ordenamiento jurídico del que, indudablemente, forma parte, encontramos también otra flaqueza no menor destacable por portar en sí aptitud para contradecir elementos normativos

integrantes de aquel que, por jerarquía, criterio competencial o ambos de consuno, no son disponibles de ser apartados sin más por una norma ulterior de la naturaleza y rango del artículo 36.4 del RDL19.

Es sobradamente sabido que la protección del consumidor erige un principio básico del derecho comunitario europeo. Así obra en los tratados, se plasma constantemente en las normas de derecho derivado que se van promulgando en su ámbito y ratifica, vinculantemente para ciudadanía y Estados miembros, una inequívoca doctrina fijada por el TJUE. La clave del asunto, pues, radica en ponderar cuál es la relación entre esas normas de derecho europeo y las que, compartiendo ámbito material, pudieran dictar los Estados miembros dentro de sus jurisdicciones nacionales.

En la selección y aplicación de la norma jurídica que deba aplicarse a la regulación de algún extremo específico, como pudiera ser el que abordamos, existiendo coincidencia normativa material entre la comunitaria y la interna, han de regir los criterios preestablecidos por las propias normas comunitarias que los Estados miembros, una vez adheridos a la Unión, pasan a considerar parte integrante de su derecho interno (acervo comunitario europeo). Recordemos brevemente los principios rectores que adornan a las normas europeas y se imponen en su interacción con las nacionales por sus fondos materiales atribuidos previamente por los tratados: (1) Primacía (prevalencia de la norma europea sobre la nacional si hubiera contradicción entre ellas, no tanto por una razón jerárquica sino *ratione materiae*). (2) Efecto directo (a su vez, vertical u horizontal). (3) Hermenéutica propia (su interpretación ha de efectuarse según los privativos principios del derecho comunitario que, además, va efectuando el TJUE). (4) Autonomía (el Derecho europeo constituye un ordenamiento autónomo, individualizable respecto al derecho de los Estados miembros de la UE, aunque con clara convergencia con ellos desde el momento en que se integran con la teleología final de obtener una normación uniformada en las materias prefijadas para todos los Estados socios). Y (5) congelación de rango (inaplicabilidad de las disposiciones contrarias al derecho europeo que se promulgaran por las legislaciones nacionales, sin que puedan acordarse con validez actos legislativos opuestos a aquellas, presentes o futuros)¹³.

Este marco genérico, por supuesto, es aplicable a España desde el momento en que se adhirió a las Comunidades Europeas y, consiguientemente, asumió en su integridad el acervo jurídico de estas. El derecho europeo entró de lleno en nuestro ordenamiento jurídico, transformándolo y mejorándolo en tantos aspectos (como el que tratamos aquí, de hecho) e incidiendo resueltamente en sectores que, por supuesto, conforman materialmente derecho civil, habida cuenta de que el influjo normativo del derecho europeo se proyecta no solamente hacia el derecho público, sino de forma singularmente intensa sobre el derecho

¹³ Como obras de carácter general ahondando con el preciso detalle en la cuestión, Andrés Sáenz de Santa María, González Vega y Fernández Pérez (1996), Mangas Martín y Linán Nohueras (2014) o Alcalde Fernández y Casado Raigón (2014).

privado. Si acaso, podemos detectar cierta hibridez dogmática en estas normas: estando ante derecho europeo (con sus principios y criterios rectores propios, su garantía judicial a través del juez nacional ex art. 4.1 de la LOPJ, que asume simultáneamente la condición de juez europeo pero que cuenta en última instancia con la labor suprema y cupularmente funcional en la salvaguarda judicial de este conjunto normativo del TJUE...) se regulan aspectos propios del derecho civil (persona, familia, obligaciones, contratos...). Esas normas son materialmente civiles, mas formalmente se trata de normas europeas con los efectos que ello objetivamente conlleva. Este fenómeno provoca otro correlato significativo: en los campos materiales afectos (insistimos, como pueden ser el consumo o el turismo, recordemos a la directiva citada más arriba) que pasa a regular el derecho de la Unión Europea, se produce un progresivo desplazamiento o sustitución del derecho civil interno por el comunitario, a aplicar preferente y excluyentemente en caso de concurrencia conflictiva entre ambos¹⁴.

Si tenemos presente que la Directiva 2015/2302 goza, como ella misma proclama de manera inequívoca –*supra*–, de carácter imperativo, y su valor y eficacia queda protegida por esa urdimbre normativa y conceptual, juridificada por los tratados europeos, a la que nos hemos rápidamente referido, ¿de veras no es más que esperable la nulidad de pleno derecho de la normación del RDL19 teniendo en cuenta, simultáneamente, los principios de jerarquía normativa/primacía del derecho europeo, con su efecto directo apegado, y de distribución material entre el ordenamiento interno y el comunitario? De mantener de alguna manera su validez, ¿no provoca que durante su periodo de vigencia se dinamite, desde España en este caso, la unidad de mercado que es lo que precisamente anhela sin ambages la promulgación de la directiva aludida, *supra* de nuevo?

¿Permite hallarnos en un estado de alarma relajar o suspender derechos de índole privada y, en última instancia, dejar sin efecto aun temporalmente la normativa imperativa de origen europeo? A nuestro juicio, no. La razón es sencilla, no es preciso establecer esta normativa para lograr el objetivo que, falazmente, manifiesta justificar su promulgación. Los derechos del consumidor se hallaban perfectamente protegidos con la regulación europea y con su transposición por el RDL18, incluyendo eventualidades como la que desgraciadamente ha concurrido ahora. Es precisamente con esta regulación del RDL19 cuando el consumidor en el curso de un contrato de viaje combinado queda a la intemperie, desguarecido, sin una mínima cobertura jurídica en el mantenimiento protector de su posición jurídica. El RDL19 se oxigena en otra teleología, lícita sin duda, pero inadecuada si se piensa en los consumidores. La clave es transparente: el RDL19 excepciona por su abierta contraposición al RDL18, es decir, al TRLGDCU y, por extensión, a la Directiva 2015/2032. Y ello no es técnico-jurídica-

¹⁴ Entonces, existiendo y coexistiendo un derecho Civil interno y un derecho Civil europeo, en función de la vigencia de ese marco rector del derecho comunitario, especialmente del principio de congelación de rango anteriormente esbozado, se colige que su «ámbito se va extendiendo paulatinamente a medida que materias reguladas por el Derecho Civil propio pasan a ser reguladas por el Derecho Civil de la Unión Europea» (Díaz-Ambrona Bardají, Hernández Díaz-Ambrona, Pous de la Flor y Tejedor Muñoz, 2018, p. 52).

mente factible, en nuestra opinión, en ningún caso. Una situación extraordinaria, temporal, no puede dejar en suspenso una norma europea por los confines del derecho privado. El legislador, más bien, se aprovecha de la coyuntura para la consecución de unos objetivos que no son acordes a los principios comunitarios por una doble razón de ser: vacía de contenido el principio de protección del consumidor y, de paso, rompe una unidad de mercado que es un criterio que, significativamente, justifica la promulgación de la Directiva 2015/2031.

5. Apunte conclusivo

Nos encontramos con una regulación, compleja y oscura, adornada de multitud de dificultades interpretativas, que en última instancia es incapaz de enmascarar cuál es el objetivo que verdaderamente persigue y que dista sideralmente de lo que se proclama tan ambiciosamente. Se implementa esta normación para evitar situaciones de colapso financiero de los empresarios turísticos a resultas de una cascada simultánea de ejercicio de derechos de resolución por parte de los consumidores de los contratos suscritos previamente con ellos, considerando la imposibilidad de su cumplimiento a resultas de las circunstancias sobrevenidamente acaecidas.

No puede criticarse en absoluto que el legislador anhele la tutela de los intereses empresariales o, incluso más allá, de la propia actividad económica nacional. Pero ello no puede llevarse a cabo a costa de cercenar y mermar los derechos de los consumidores, consagrando un inaceptable desequilibrio dañoso, de hecho, para quien ya llega al contrato en una situación de inferioridad que habilita, *ipso facto*, esa sobreregulación protectora por la normativa que ahora se desactiva mientras falsamente se anuncia a bombo y platillo su refuerzo. Y eso es lo que ha sucedido en el supuesto en estudio: un atropello *ex post facto* de los derechos y la posición jurídica del consumidor, relegado ante las urgencias económicas sin tener en cuenta que previamente ha cumplido escrupulosamente con sus obligaciones contractuales o que, incluso, también puede hallarse afectado muy lesivamente por el topetazo económico que la pandemia ha provocado a un volumen demasiado considerable de miembros de nuestra sociedad.

Así pues, con estas ocurrencias normativizadas, tan poco sosegadas y reflexionadas, el extralimitado legislador está poniendo en clara solfa la vigencia de principios que no le son disponibles, entendemos, ni siquiera en el curso de una situación tan excepcional como la que llevamos viviendo desde hace meses. Amputar los derechos de los consumidores es un ataque más que posible a la vigencia del principio *pro consumatore*, con suficiente consagración y respaldo constitucional –cfr. art. 51 CE– y europeo, mediante una norma que, jerárquica y competencialmente, no puede ser contraria a la CE, a los tratados comunitarios o a la nomotética doctrina del TJUE.

Lo que nuestro legislador ha resuelto, con error sangrante y con una absoluta disformidad entre lo que dice hacer y lo que verdaderamente hace, es imponer al consumidor una

solución que no se compadece ni con los principios normativos que le son aplicables *ratione personae* ni con los mínimos criterios de reparto equilibrado de contraprestaciones que un contrato lleva consigo (aun con las modulaciones en presencia, justamente arbitradas legalmente por mor de hallarnos ante normativa de derecho del consumo). Nada podríamos objetar a que se hubiera prevenido que el consumidor pudiera aceptar este bono; pero es inaceptable que se le imponga tal criterio.

La consecuencia es demoledora. El RDL19 ha convertido al consumidor, *ope legis* e incomprensiblemente, en un financiador forzoso de las empresas turísticas. De paso, se ha trasladado a esta parte, en práctico monopolio, el sufrimiento del riesgo aparejado al negocio jurídico afectado. No se entiende la lógica de todo el castigo que se inflige, más allá de salvaguardar como consumidor a quien no lo es y dejarlo en la medida de lo posible todo lo alejado que sea factible del riesgo de quiebra. Por supuesto que es lícito que los poderes públicos protejan a estos actores económicos. Que arbitren para ello los correspondientes fondos estatales, pero no que se bloqueen los montos que no tienen esa condición, sino que son de propiedad de los consumidores.

Al consumidor se le ha causado legislativamente un varapalo formidable, acrecentando más si cabe los sufrimientos que la propia diseminación de la epidemia provoca. Se ha dejado sin vigor, mientras se desarrollara el estado de alarma, un derecho consagrado por la normativa europea y recogido en el artículo 160 del TRLGDCU, que consistía en una obligación de reembolso del precio abonado ante el no cumplimiento del contrato de viaje combinado, íntegro y necesario. La excusa para adoptar esta medida, para más inri envuelta en la falsa bandera de erigir un mecanismo protector para el consumidor, radica en la relevancia del turismo en nuestra economía, representado aquí en el mercado de viajes, paliando o abortando perjuicios económicos al empresario turístico. Como se comprenderá, el espíritu de la Directiva 2015/2302, de 25 de noviembre, también queda anestesiado.

En el fondo, se está cebando la formulación de un coágulo de conflictos que habrán de ser seguramente abordados por la jurisdicción, lugar en que de manera harto probable se restañará este sinsentido a través de la prestación de la tutela judicial efectiva, pese a todas las molestias, gastos, retardos... con la que llegará. A esta vía aboca nuestro legislador. Desde luego, particularmente, abogamos por la no aplicabilidad de la conculcadora regulación del artículo 36.4 RDL19, ya sin entrar en los motivos de fondo que hemos ido recorriendo, por mera formalidad técnico-jurídica: se opone de manera frontal a una directiva europea, lo cual no es válido ni factible. Nos aventuramos a defender que nuestros jueces y tribunales, como otras tantas veces han hecho en tiempos recientes, en su acrecentado y sólido rol de juez europeo, elegirán la norma correcta a aplicar a los conflictos que sobre la materia surjan y ante ellos se sometan. Y esa norma, muy probablemente, no será el artículo 36.4 del RDL19... De otro modo, si un consumidor lo estima oportuno, dado que sus derechos permanecen incólumes en los términos reglados por la directiva y el RDL18, tiene derecho a resolver su contrato de viaje combinado y a obtener el correspondiente reembolso (que, *de iure*, ha de hallarse debidamente asegurado) en el plazo máximo de 14 días.

Referencias bibliográficas

- Aba Catoira, A. (2011). El estado de alarma en España. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, Madrid: UNED.
- Agüero Ortiz, A. (3 de abril de 2020). Reduciendo los derechos de los consumidores en tiempo de Covid-19: limitaciones al derecho al reembolso de viajes combinados violando el Derecho de la Unión Europea [blog]. Recuperado de <<https://hayderecho.expansion.com>>.
- Alcalde Fernández, J. y Casado Raigón, R. (2014). *Curso de Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.
- Andrés Sáenz de Santa María, M.^a P., González Vega, J. y Fernández Pérez, B. (1996). *Introducción al Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Eurolex.
- Aparicio Vaquero, J. P. y Batuecas Caletrió, A. (2014). Régimen de responsabilidad en la prestación de servicios turísticos contratados como paquetes dinámicos. En A. Paniza Fullana (Dir.), *Paquetes dinámicos: problemas y soluciones jurídicas desde una perspectiva internacional*. Madrid: Dykinson.
- Asensi Meras, A. (2016). Contratación on line de servicios turísticos y paquetes dinámicos de turismo. *Revista Investigaciones Turísticas*, 12.
- Cavanillas Múgica, S. (Dir.) (2013). *Nuevas fórmulas de comercialización on line de servicios turísticos: subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad*. Granada: Comares.
- Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2020). Los plazos administrativos y procesales ante el Covid-19: ¿suspensión o interrupción?, ¿error juris o lapsus linguae? El Notario del Siglo XXI. *Revista del Colegio Notarial de Madrid*, 90.
- Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (5 de junio de 2020). Paseos con menores ante el Covid-19: entre dimes y diretes, una historia rocambolesca, ¿e interminable? *Diario La Ley*, 9647.
- Cruz Villalón, P. (2004). Normalidad y excepción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 71.
- Díaz-Ambrona Bardají, M.^a D., Hernández Díaz-Ambrona, M.^a D., Pous de la Flor, M.^a P. y Tejedor Muñoz, L. (2018). *Derecho Civil de la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Feliú Álvarez de Sotomayor, S. (2019). La imperatividad de la nueva normativa de viajes combinados y servicios de viaje vinculados. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*.
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (27 de mayo de 2020). Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el estado de alarma y los excesos normativos. *Diario La Ley*, 9641.
- Fernández de Gatta Sánchez, D. (17 de junio de 2020). El estado de alarma y las medidas contra el coronavirus ante Jueces y Tribunales. *Diario La Ley*, 9655.
- Gragera Contador, F. (24 de enero de 2019). Transposición de la Directiva (UE) 2015/2032, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados. Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre. Posibles implicaciones prácticas. *Diario La Ley*, 9344.
- Heras García, M. A. de las (2020). La remodelación del viaje combinado por Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre. *IDP-Revista de Internet, Derecho y Política*, 30.
- Mangas Martín, A. y Linán Nohueras, J. (2014). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.



Marín López, M. J. (13 de abril de 2020). *Efectos del Covid-19 en los contratos con consumidores: el art. 36 del RD-Ley 11/2020*. Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.

Marín López, M. J. (28 de mayo de 2020). *En el art. 36 RD-Ley 11/2020, ¿está obligado el consumidor a aceptar una oferta alternativa razonable?* Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.

Martínez Espín, P. (28 de mayo de 2020). *¿A qué situaciones es de aplicación el art. 36.4 RD Ley 11/2020?* Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.

Reyes López, M. J. (2019). *La nueva regulación de los viajes combinados en el Libro IV del TRLGDCU*. Idibe.

Urrutia Sagardia, E. (2020). Estado de alarma en España por el Covid 19. Medidas del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. *Incidencia del coronavirus en el ámbito laboral y medidas del Real Decreto-ley 7/2020 y el Real Decreto 463/2020*. Thomson Reuters.

Vilalta Nicuesa, A. E. (12 de mayo de 2020). Los derechos de los pasajeros en tiempos del Covid-19 y el conundrum del artículo 36 del RD-Ley 11/2020. *Diario La Ley*, 9360.