

DERECHO PRIVADO COMUNITARIO Y EVOLUCIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO: CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

GEMA TOMÁS MARTÍNEZ*

- I. PUNTO DE PARTIDA: DIRECTIVA 85/577/CEE Y TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA.
 1. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR EN ESTOS CONTRATOS.
 2. LA CONTINUIDAD EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.
- II. LA SANCIÓN DE ANULABILIDAD Y OTRAS MEDIDAS ADECUADAS.
 1. LA DOCTRINA ESPAÑOLA ANTE LA NATURALEZA DE ESTA INEFICACIA CONTRACTUAL.
 2. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES: DIVERSIDAD DE CRITERIO.
- III. EL TJUE Y EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR EN ESTOS CONTRATOS.
 1. EL INTERÉS PÚBLICO DEL ARTÍCULO 4 DE LA DIRECTIVA 85/577/CEE.
 2. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD CONTRACTUAL DE OFICIO POR UN JUEZ NACIONAL.
- IV. EVOLUCIÓN EN DERECHO COMUNITARIO DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR Y SUS CONSECUENCIAS.
 1. LA TRANSPOSICIÓN DE LAS «MEDIDAS ADECUADAS» DE LA DIRECTIVA 85/577/CEE.
 2. EL DESENLACE DE LA DIRECTIVA 2011/83/UE, SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES.
 3. EL PRECEDENTE DE LOS *ACQUIS PRINCIPLES* Y LA PREVISIÓN EN EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE-DCFR.
 4. EL CONSENSO EN CUANTO A LA NECESIDAD DE UN PLAZO LÍMITE AL EJERCICIO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO.

* Profesora Titular de Derecho Civil, Departamento de Derecho Privado, Universidad de Deusto, Campus de Bilbao, España. Dirección de correo electrónico, gema.tomas@deusto.es.

5. LA CUESTIÓN EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO RELATIVA A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (CESL).

V. CONCLUSIONES.

I. PUNTO DE PARTIDA: DIRECTIVA 85/577/CEE
Y TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA

La Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales¹, fue la primera en reconocer el derecho de desistimiento unilateral de este tipo de contratos por parte del consumidor, lo que llamó «rescisión» (artículo 4). Un derecho que han recogido posteriormente otras Directivas². En la Directiva citada el consumidor puede dejar sin efecto el contrato durante un periodo mínimo de siete días (artículo 5), lo que es una excepción al principio *pacta sunt servanda* que en Derecho español se articula en los arts. 1.091 y 1.256 CC. Se trata de ofrecerle al consumidor la posibilidad de reconsiderar las obligaciones que nacen del mismo durante un breve periodo de tiempo³. No lleva aparejada penali-

¹ DO, L 372, de 31.12.1985.

² Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (art. 5) —derogada—; actualmente en vigor la Directiva 2008/122/CE, 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (art. 6); Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (art. 6); Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo (art. 14); Directiva 2002/83/CE, de seguro de vida (art. 35).

³ Responde a la categoría de los derechos potestativos, en el sentido de que confiere a su titular un poder jurídico para hacer nacer, modificar y extinguir una relación jurídica mediante una declaración de voluntad recepticia durante un plazo de caducidad (CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, 2001, pp. 51-52). Ver con carácter general sobre el desistimiento: ÁLVAREZ MORENO, M.T., *El Desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid, 2000; MICHELE, K., *El Desisti-*

zación y no es necesaria la alegación de razón alguna. La doctrina ha justificado la concesión de la posibilidad de desistir de este tipo de negocios por un lado porque es posible que no haya tenido la ocasión de comparar otras calidades y precios, y de otro, porque el consumidor ha podido verse sorprendido en esa negociación, incluso puede haber sido víctima de prácticas abusivas. No es infrecuente que se haya celebrado el contrato sin la debida reflexión o bajo cierta presión psicológica, lo que justifica la concesión de este periodo de reflexión («*cool-off period*») en el cual puede anular el contrato⁴. Es un mecanismo legal para compensarle de esa presunta desventaja,

miento unilateral del Contrato, Madrid, 1997; RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991.

⁴ Sobre este tipo de contratos y en especial la regulación en ellos del derecho de revocación o desistimiento: BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario a los arts. 110-113», en CÁMARA LAPUENTES. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión europea*, Madrid, 2011, pp. 1035-1048; BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia, 2009; BOTANA GARCÍA, G.A., *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección de los consumidores*, Zaragoza, 1994 e Idem, «Derecho de desistimiento y otras fórmulas contractuales», *Diario La Ley*, núm. 7147, 1 de abril de 2009; HERNÁNDEZ BATALLER, B., «La protección de los consumidores en la Unión europea y la Directiva 85/577/CEE: situación actual y perspectivas de futuro», en AZPARREN LUCAS, A., (Coord.), *Hacia un código del consumidor*, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 389-485; JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., «El derecho legal del desistimiento. Presente y (posible) futuro», *Actualidad civil*, núm. 7, 2011 e *Ibidem*, «Perspectivas de regulación del derecho de desistimiento en el (posible) futuro Derecho europeo de contratos», en BOSCH CAPEDEVILA, E., *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, Barcelona, 2012, pp. 513-524; ORELLANA CNAO, N., «El desistimiento unilateral en los contratos de consumo», en *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil (Estudios de Derecho Judicial)*, 2006 - núm. 3, pp. 359-411; PRESENCIA CRESPO, F., «La compraventa fuera del establecimiento mercantil», en *Venta de bienes fuera del establecimiento mercantil (Estudios de Derecho Judicial)*, 2006, núm. 103, pp. 339-358; MARTÍN BRECEÑO, M^a. R., «Los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil del empresario», en MARÍN LÓPEZ, J.J. y SÁNCHEZ ARISTI, R. (Dir.), *La protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 2003, pp. 203-214; MIRANDA SERRANO, L.M., *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*, Madrid, 2001; MORENO-LUQUE, M. C., «La ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles», en DE LEÓN, A.; GARCÍA, M. L. (Eds.) *Derechos de los Consumidores y Usuarios (Doctrina, Normativa, Jurisprudencia, Formularios)*, Valencia, 2000, pp. 285-304; GARCÍA VICENTE, J.R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: El Derecho de revocación*, Pamplona, 1997; FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A., «El derecho de revocación del consumidor en los contratos fuera de establecimiento mercantil: Algunos problemas derivados de la ley 26/1991», *Revista del Derecho mercantil*, 1, 1993, pp. 589-614.

de ese supuesto desequilibrio en que se encuentra en este tipo de contratos⁵, en el que aparece como la parte más débil⁶.

El objeto de este trabajo es la consecuencia de no informar al consumidor de este importante derecho en estos contratos, y en concreto la sanción de la nulidad del contrato aplicable incluso de oficio por un juez nacional en el supuesto de que el consumidor no solicitase tal nulidad.

1. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR EN ESTOS CONTRATOS

La Directiva citada, además de reconocer este derecho de desistimiento *ad nutum*, que le permite al consumidor desvincularse del contrato sin alegar motivo alguno, añade en el artículo 4, apartado 3: «Los Estados miembros procurarán que la legislación nacional prevea medidas adecuadas que tiendan a proteger al consumidor en caso de que no se haya proporcionado la información contemplada en el presente artículo». Esto es, deja a los Estados miembros la determinación de las «medidas adecuadas», en aras a la protección del consumidor, por incumplimiento de este deber de información. En el caso de España, la transposición de la Directiva en virtud de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre⁷, supuso la regulación del derecho de desistimiento y de su lectura resulta que este contrato, tal y como está regulado en la ley, se configuró como un contrato formal⁸. Algo que encaja en lo que es característico del derecho comunitario: potenciar la función informativa de la forma y formalizar todo tipo de informaciones en aras a proteger al consumidor⁹, de modo que el empresario tiene que garantizar que la información

⁵ DÍEZ-PICAZO, L., «Contratos de consumo y derecho de contratos», *Anuario de Derecho civil*, Vol. LIX, núm.1, 2006, pp. 11-28.

⁶ Sobre la protección a la parte débil del contrato en Derecho europeo, ver entre otros: RÖSLER, H., «Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority on Multi-Level Private Law», *European Review of Private Law*, 4-2010, pp. 729-756; ROPPO, V., «From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law», *European Review of Contract Law*, 3-2009, pp. 304-349.

⁷ BOE núm. 283, de 26.11.1991.

⁸ GARCÍA RUBIO, M^a. P., «La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho de consumo», *Actualidad Civil*, núm.15/11, abril 1994, pp. 277-289.

⁹ ARROYO I AMAYUELAS, E., «Qué es «forma» en el derecho contractual comunitario de consumo?», *Anuario de Derecho civil*, Vol. LXI, núm. 2, 2008, pp. 520-522-525,

se suministre de determinada manera, normalmente escrita, a fin de superar la supuesta asimetría informativa¹⁰.

A través de la información, que se revela como un elemento clave en el contrato comunitario, se asegura la transparencia en el mercado y se suprime la asimetría en las posiciones contractuales¹¹. El incumplimiento de esas formalidades permite el derecho a dejar sin efecto el contrato (artículo 4.3º), que: «podrá ser anulado a instancia del consumidor. En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor»¹². La medida de la nulidad no es habitual en

sostiene que estamos ante un fenómeno de «neoformalismo contractual comunitario» que se manifiesta esencialmente en la contratación de consumo. El problema es determinar qué es «forma» para el legislador europeo, que cada Estado ha ido interpretando a su manera.

¹⁰ La bibliografía es abundante en este tema, entre otros: CASTRONOVO, C., «Information Duties and Precontractual Good Faith», *European Review of Private Law*, 4-2009, pp. 559-571; ROPPO, V., «From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts...», op.cit., pp. 304-349; WILHELMSSON, T. y TWIGG-FLESNER, CH., «Pre-contractual Information Duties in the Acquis Communautaire», *European Review of Contract Law*, 4-2006, num. 2, pp. 441-470; SCHULZE, R., «Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law», *European Review of Private Law*, 6-2005, pp. 841-866; MANKOWSKI, P., «Information and Formal Requirements in EC private law», *European Review of Private Law*, 2005, núm. 13-vol. 6, pp. 779-796; HOWELLS, G., «The potential and Limits of Consumer Empowerment by Information», *Journal of Law and Society*, vol 32, núm. 3, sept. 2005, pp. 349-370; WILHELMSSON, T., «Private Law Remedies against the Breach of Informational Duties», en R. SCHULZE, M. EBERS, H.C. GRIGOLEIT (Eds.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen, 2003, pp. 235-245; PINNA, A., *The obligations to inform and to advise. A contribution to the development of European contract law*, Den Haag, 2003.

¹¹ ARROYO I AMAYUELAS, E., «Panorámica (parcial) del *acquis communautaire* de contratos: ¿punto de partida para el legislador catalán?», en BADOSA COLL, F. y ARROYO I AMAYUELAS, E. (Coord.), *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*, Barcelona, 2006, p 109; PALACIOS GONZÁLEZ, M^a. D., «El deber de información en los contratos con consumidores», en A. VAQUER ALOY y S. ESPIAU ESPIAU (Eds.), *Bases de un Derecho contractual europeo/Bases of a European Contract Law*, Valencia, 2003, pp. 89-96.

¹² Este segundo párrafo no deja de ser enigmático, según BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario...», *loc. cit.*, p. 1046, que considera que debe entenderse en el sentido de que el empresario puede alegar como causa para la desestimación de la acción ejercitada por el consumidor, la pasividad de éste, por ejemplo, cuando se niega a firmar el documento de desistimiento. No se suele aplicar en los tribunales. También ÁLVAREZ LATA, N., «Contratación», en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Madrid, 2009, p. 1393, añade otros motivos como la negativa a recibir la documentación, destrucción material de la misma, facilitar datos inexactos, postdatación del contrato, etc.

la transposición de Directivas comunitarias que recogen el derecho de desistimiento. Puede decirse que es una excepción porque el resto de las leyes optan por prolongar el plazo para desistir en caso de falta de información, sin perjuicio de que sean aplicables las normas generales sobre nulidad y resolución¹³.

A la vista de este precepto, cualquier incumplimiento no sólo del deber de informar al consumidor, sino de hacerlo en la forma que expresamente prevé el art. 3, facultaría a éste a anular el contrato con amparo en el artículo 4.3º. La Ley 26/1991 quedó refundida posteriormente en el 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 Usuarios¹⁴, en el que este artículo no experimenta cambios.

2. LA CONTINUIDAD EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y EN LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

El Texto Refundido de 2007 pretende dotar al derecho de desistimiento de un régimen general (artículos 68-79), pero mantiene reglas especiales para diferentes contratos¹⁵, entre otras, para los contratos fuera de establecimiento mercantil. Así, con carácter general, el incumplimiento del deber del empre-

¹³ Sólo aparecía también en el art. 10, apartado 2, de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, que reconocía el derecho a anular el contrato conforme a lo dispuesto en los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil, «en el caso de que haya falta de veracidad en la información suministrada al adquirente».

¹⁴ BOE núm. 287, de 30.11.2007.

¹⁵ Ver entre otros, los siguientes comentarios específicos a este tema con relación al Texto Refundido: BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario...», *loc. cit.*, pp. 1035-1048; PICATOSTE BOBILLO, V., «El intento de unificación del derecho de desistimiento en el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias: la obligación de información», en *Estudios Jurídicos en Memoria del profesor José Manuel Lete del Río*, Madrid, 2009, pp. 735-758; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.B., «El desistimiento *ad nutum* en los consumidores tras la ley 44/2006, y el Texto Refundido 1/2007 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Actualidad Civil*, 2008-9, pp. 861-881; PEÑA LÓPEZ, F., «Contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil», en BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Madrid, 2009, pp. 1331-1365.

sario de información y documentación sobre el derecho de desistimiento se regula en el artículo 71.3, pero en el caso de estos contratos hay que acudir al artículo 112, que mantiene el contenido del citado artículo 4 de la Ley 26/1991. El art. 112 sigue recogiendo la posibilidad de anular el contrato que se encontraba en el artículo 4 de la Ley 26/91, expresada en idénticos términos. La Propuesta de modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos que redactó la Comisión General de Codificación publicada en 2009 mantiene esta sanción de nulidad por no informar al consumidor en idénticos términos (artículo 1.265.7º de la Propuesta)¹⁶.

II. LA SANCIÓN DE ANULABILIDAD Y OTRAS MEDIDAS ADECUADAS

Esta sanción consistente en poder anular el contrato por este motivo ha sido una cuestión controvertida en la doctrina por su propia naturaleza jurídica y de otra parte, los tribunales se han planteado si pueden declarar la nulidad de oficio, como «otra» medida adecuada que la norma comunitaria pudiera dar cabida dentro del artículo 4.3º de la Directiva 85/577/CEE, aunque la ley española de transposición no lo contemple expresamente.

1. LA DOCTRINA ESPAÑOLA ANTE LA NATURALEZA DE ESTA INEFICACIA CONTRACTUAL

Puede decirse que, en general, la doctrina ha calificado esta medida como anulabilidad o nulidad relativa por entender que, a pesar de no estar entre las causas recogidas en el Código civil (artículo 1.301 CC)¹⁷, hay una analogía con los vicios del consentimiento (artículo 1.265-1.270 CC), en cuanto que el consumidor adolece en estos supuestos de la información necesaria para formar su consentimiento correctamente¹⁸.

¹⁶ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Boletín de Información, Ministerio de Justicia, Año LXIII, enero de 2009. Ver comentario de GARCÍA RUBIO, M^a. P., «La responsabilidad precontractual en la Propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», *Anuario de Derecho civil*, Vol. LXIII, 2010, fasc. IV, pp. 1621-1642.

¹⁷ Sobre la anulabilidad y propuestas de reforma: JÉREZ DELGADO, C., *La anulación del contrato*, Madrid, 2011.

¹⁸ BOTANA GARCÍA, G.A., *Los contratos...*, *op.cit.*, pp. 239-141; en esta línea GARCÍA RUBIO, «La forma...», *loc. cit.*, pp. 284-288, considera que la anulabilidad esta es la san-

El legislador ha optado por una causa de anulabilidad atípica, fundada en el incumplimiento de un deber legal de informar¹⁹, basada en definitiva en la buena fe (artículo 1.258) y no por una nulidad radical o absoluta por infracción de un requerimiento de forma²⁰. Es uno de los supuestos en que no hay excesiva coherencia legal entre la teoría general del contrato y la imposición de presupuestos formales en el derecho de consumo en aras a lograr la protección al consumidor o usuario.

Sin perjuicio de ese consenso doctrinal en cuanto a la calificación de anulabilidad, sí se ha criticado la problemática que ello plantea en cuanto a la aplicación del plazo de ejercicio de la acción (cuatro años) o en relación

ción más acertada, sin perjuicio de que el incumplimiento de forma con carácter general en nuestro Derecho provocaría la nulidad absoluta. BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho...*, *op.cit.*, pp. 54 y 78, cree que es un supuesto complementario a la acción de anulabilidad por vicios. También GARCÍA VICENTE, J.R., *Ley de contratos...*, *op.cit.*, pp. 228-296, considera que esta es la categoría más adecuada. sin perjuicio de los problemas que se plantean para determinar la legitimación para impugnar, duración de la pretensión, *dies a quo* y el régimen de restitución e imputación de riesgos, dada la parquedad del art. 4 de esta ley. Idem, MARTÍN BRECEÑO, M^a.R., «Los contratos...», *loc. cit.*, pp. 210-213; LLOBET I AGUADO, J., «El periodo de reflexión y la facultad de retractación. Algunas reflexiones en torno a la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Protección de los Consumidores en el caso de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, *Revista General de Derecho*, 1995, pp. 158-159; SANTOS MORÓN, M^a.J., «Información precontractual, forma y prueba del contrato», en BOTANA GARCÍA G.A. y RUIZ MUÑOZ, M. (Coord.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, p. 154; ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español*, Cizur Menor, 2004, pp. 72-82, considera que la anulabilidad es la sanción más adecuada por defecto de forma, e Idem, «Contratación», *loc. cit.*, pp. 1390-1403.

¹⁹ Desde una perspectiva general respecto a los deberes de información, considera LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996, pp.36-40, que la buena fe tiene que existir en la fase precontractual, es el fundamento de la obligación de información, ahora bien, las sanciones no pueden ser autónomas sino que deben reconducirse o bien a la teoría de los vicios ocultos o a la de los vicios del consentimiento (anulabilidad). Sobre la justificación de los deberes de información ver GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales*, Madrid, 1994 y DE LA MAZA, I., «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXIII, 2010, fasc. IV, pp. 1683-1723.

²⁰ BOTANA GARCÍA, G.A., *Los contratos...*, *op.cit.*, pp. 236-238, recoge la tramitación parlamentaria de esta ley. Se interpuso una enmienda para sustituir «anulado» por «nulidad» con el fin de potenciar más la protección al consumidor. Se debatió si el legislador debiera optar por la nulidad con apoyo en el art. 6.3 CC para que actuara por la fuerza misma del ordenamiento jurídico. No prosperó.

al *dies a quo*, que no aparece en la ley. Así, en el régimen de anulabilidad recogido en el Código civil (artículo 1.301), el plazo empieza a contar desde que el vicio de anulabilidad desaparece, pero aquí el vicio es precisamente la falta de información, lo que significa que en tanto no se informe, no debería empezar a contarse los cuatro años o lo que es lo mismo, estaríamos ante una acción imprescriptible²¹.

Lo único cierto es que el legislador considera que la falta de información en los términos legales afecta a una correcta formación del consentimiento contractual y de ahí que se pueda instar la anulación²². Ahora bien, si ésta es la solución más adecuada es más que discutible hasta el punto de que algunas voces consideran que hubiera sido más correcto calificarlo de resolución por incumplimiento del empresario del deber de formalizar el contrato (artículo 1.124 CC)²³. Incluso se ha llegado a proponer que se tipifique como in-

²¹ GARCÍA VICENTE, J.R., *Ley de contratos...*, *op.cit.*, pp. 228-296, destaca los problemas que se plantean para determinar la legitimación para impugnar: duración de la pretensión, *dies a quo* y el régimen de restitución e imputación de riesgos, dada la parquedad del art.4 de esta ley; PICATOSTE BOBILLO, V., «El intento...», *loc. cit.*, p. 754, considera que este es el encaje que le da la ley también en esta línea crítica; BOTANA GARCÍA, G.A., *Los contratos...*, *op.cit.* pp. 239-240, apunta sobre todo al plazo de cuatro años excesivamente largo, debería haberse establecido un régimen específico de anulabilidad. A lo mismo apunta MARTÍN BRECEÑO, M^ºR., «Los contratos...», *loc. cit.*, pp.210-213, quien considera que se podría haber considerado la forma escrita no como un requisito de validez, sino como una carga del empresario, cuyo incumplimiento prorrogaría sine die el plazo para revocar; BARBER CÁRCAMO, R., «Comentario», *loc. cit.*, p. 1038, considera que el consumidor podrá ejercer el derecho de desistimiento en tanto no haya procedido el empresario al cumplimiento total de sus obligaciones contractuales; y BASOZABAL ARRÚE, X., «En torno a las obligaciones precontractuales de información», *Anuario de Derecho civil*, tomo LXII, 2009, fasc. II, p. 668, cree que el *dies a quo* debe ser «cuando el consumidor conozca (o haya podido conocer gracias a la información dada) su derecho a desistir, pero que a partir de ese momento dure menos, evitándose así un plazo de «vulnerabilidad» excesivo porque al fin y al cabo se trate de que el consumidor reconsidere su interés en el contrato, y para eso no hacen falta cuatro años».

²² Se denomina por algunos autores forma *ad luciditatem* como GARCÍA VICENTE, J.R., *Ley de contratos...*, *op.cit.*, p. 175.

²³ Como CABALLERO LOZANO, J.M., «La protección al consumidor en la venta fuera de establecimiento mercantil a través de la nulidad del contrato», *Diario LA LEY*, 1994-4. Sobre esta idea, consideraría más acertada la vía de la resolución que la de la nulidad. BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho...*, *op.cit.*, p. 72, también considera posible la resolución por incumplimiento del empresario de sus obligaciones. Por su parte, ÁLVAREZ LATA, N., *Invalidez...*, *op.cit.*, pp. 118-122, estudia la posibilidad de aplicar al régimen de la resolución por incumplimiento de la obligación de informar. También sobre la po-

fracción penal el incumplimiento de la obligación de informar²⁴. Todo ello sin perjuicio de la eventual indemnización de daños y perjuicios (artículo 1.101 CC), como en los casos de nulidad o resolución, cuyo alcance debería cubrir el interés negativo o de confianza²⁵. El propio artículo 59, párrafo segundo, del Texto Refundido afirma que: «Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles».

2. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES: DIVERSIDAD DE CRITERIO

La jurisprudencia menor se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la consecuencia de la falta de la debida información al consumidor, bien por ausencia de entrega del documento de revocación o bien por irregularidades en las formalidades que deben revestir en este tipo de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, principalmente los celebrados a domicilio.

La mayor parte de las resoluciones califican sin ambages el artículo 4.1º de la Ley 26/1999 (o artículo 112 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) como un supuesto de nulidad relativa o anulabilidad²⁶. En otras excepcionales ocasiones, sin embargo, la jurisprudencia menor se ha inclinado por la nulidad radical o la inexistencia de contrato fundada en el incumplimiento de las formalidades que requiere este tipo de contratación²⁷.

La mayor parte de estos fallos se realizan con ocasión de pronunciarse sobre la causa de anulabilidad, que ha de ser pedida necesariamente por vía

sible resolución en este tipo de situaciones ver: BUSTO LAGO, J.M., ÁLVAREZ LATA, N. y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, 3ª ed., Cizur Menor, 2010, pp. 282-286.

²⁴ LLOBET I AGUADO, J., «El periodo de reflexión...», *loc. cit.*, p. 158.

²⁵ BASOZABAL ARRÚE, X., «En torno...», *loc. cit.*, p. 668.

²⁶ Entre las más recientes: SAP A Coruña, sec. 4ª, de 12 de julio de 2006; SAP Salamanca, sec. 1ª, de 5 de noviembre de 2007; SAP Pontevedra, sec. 1ª, de 6 de mayo de 2009; SAP Málaga, sec. 4ª, de 3 de diciembre de 2009; SAP Navarra, sec. 3ª, de 10 de marzo de 2010; SAP Granada, Sec. 3ª, de 23 de diciembre de 2010; SAP Las Palmas, sec. 5ª, de 6 de abril de 2011.

²⁷ Ad ex. SAP Cantabria, sec. 4ª, de 29 de julio de 2009 y de la AP St. Cruz de Tenerife, sec. 4ª, de 29 de abril de 2009.

de acción (demanda o reconvencción), a diferencia de la nulidad radical o de pleno derecho que se puede hacer valer también mediante excepción. Así las cosas, la mayor parte de las Audiencias Provinciales consideran que estamos ante un supuesto de anulabilidad y en consecuencia, debe el consumidor o bien iniciar el procedimiento o bien presentar demanda reconvenccional (si el consumidor es demandado por impago del objeto adquirido). Por lo tanto, no vale la mera excepción o motivo de oposición en el trámite de contestación a la demanda. De no plantearse reconvencción, no prosperará la nulidad alegada mediante simple excepción²⁸.

En este contexto de división de opiniones, la Audiencia Provincial de Salamanca decidió plantear cuestión prejudicial ante el TJUE en el procedimiento seguido por el recurso de apelación contra la Sentencia de 14 de junio de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Salamanca núm.1, sobre la interpretación que haya de darse al artículo 4.3 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, en el sentido de si debe interpretarse que el tribunal nacional puede declarar de oficio la nulidad del contrato (como una «medida adecuada» para proteger al consumidor), a pesar de no haber sido alegada en ningún momento por el consumidor demandado en trámite de oposición al procedimiento monitorio, ni en el juicio verbal, ni en el recurso de apelación²⁹.

III. EL TJUE Y EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR EN ESTOS CONTRATOS

El TJUE se había ya pronunciado con anterioridad en varias ocasiones sobre las consecuencias del incumplimiento de este deber de informar en relación a la Directiva 85/577/CEE. Lo había hecho con ocasión de varias cues-

²⁸ Ver SAP Cantabria, sec. 4ª, de 18 diciembre de 2009; SAP Barcelona, sec. 13ª, de 13 de octubre de 2009; *SAP La Rioja, de 8 de abril de 2009*; SAP Málaga, sec.4ª, de 14 de junio de 2010; SAP Alicante, sec. 8ª, de 29 de septiembre de 2010 y SAP Las Palmas, sec. 5ª, de 6 de abril de 2011.

²⁹ Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento judicial fueron los siguientes: Se celebró una venta a domicilio de varios libros y DVDs, así como de un reproductor de DVD, con un representante de una empresa editorial. La parte compradora no satisfizo el precio y fue demandada judicialmente por reclamación de cantidad con intereses y costas. En primera instancia resulta condenada, pero recurre en apelación y la Audiencia Provincial plantea si el contrato podría ser declarado nulo de oficio, ya que no se informó a la demandada de su derecho en los términos del art. 3 de la Ley 26/1991. La compradora no había invocado este motivo de nulidad ni en primera instancia ni en apelación.

tiones prejudiciales ligadas a la interpretación de la ley alemana sobre contratos fuera de establecimiento mercantil³⁰:

Destaca en primer lugar la sentencia de 13 de diciembre de 2001 sobre el Asunto *Heiniger v Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG* (C-481/99)³¹, que considera que si no se le informa al consumidor de sus derechos, éste no puede ejercitarlos. Por lo tanto, el cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento no empieza a correr en este tipo de contratos hasta que el consumidor haya sido completamente informado de su derecho, lo que supone prolongar *sine die* el derecho de desistimiento³². Por su parte las sentencias de 25 de octubre de 2005 sobre el Asunto *E. Schulte and Wolfgang Schulte/Deutsche Bausparkasse Badenia AG* (C-350/03), y el Asunto *Crailsheimer Volksbank eG/Klaus Conrads y otros* (C-229/04), consideran que corresponde a los Estados miembros regular los efectos del desistimiento y éstos «deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la directiva³³». Y por último, la sentencia de 10 de abril de 2008 (Asunto *Annelore Hamilton/Volksbank Filder eG*, C-4127/06³⁴) entiende que el derecho a desistir se extin-

³⁰ *Haustürwiderrufsgesetz* de 16.01.1986, principalmente en relación a contratos inmobiliarios celebrados en los años noventa que el Gobierno alemán había incentivado fuertemente mediante estímulos de todo tipo. Tras la reforma del Derecho de obligaciones en Alemania, ver §355 (3) BGB.

³¹ Sentencia del TJUE, de 13.12.2001, *Heiniger v Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG*, C-481/99, *Rec. pp.* I-9945. Comentada por ARROYO AMAYUELAS, E. y EBERS, M., «“Heiniger” y las sanciones del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006, núm. 9, pp. 407-442. Los hechos parten del contrato de préstamo con garantía real que el matrimonio Heiniger suscribió en 1993. Se planteaba el hecho de que el contrato de crédito estaba garantizado con garantía real y si dejaba o no por ello de permitirle al legislador nacional que el derecho de revocación del consumidor se ejerciese en el plazo legal.

³² Añade EBERS (autor del apartado III, dedicado a la repercusión de la sentencia en Alemania), *ibídem*, p. 420, que la sanción de la simple prórroga o prolongación del derecho de desistimiento no es un efecto disuasorio para los comerciantes poco escrupulosos. Las empresas siempre pueden notificar más tarde la existencia del derecho y queda a la discrecionalidad del empresario la determinación del *dies a quo*. Para ARROYO (autora del apartado IV dedicado a la repercusión en España, *ibídem*, p. 434-435), es incorrecta la jurisprudencia menor en España que parece eludir la cuestión del *dies a quo*.

³³ Sentencias del TJUE, de 25.10.2005, *E. Schulte and Wolfgang Schulte/Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, C-350/03, *Rec. pp.* I-9215, en particular, apartado 69, y *Crailsheimer Volksbank eG/Klaus Conrads y otros*, C-229/04, *Rec. I.* pp. I-9273.

³⁴ Sentencia del TJUE, de 10.04.2008, *Annelore Hamilton/Volksbank Filder eG*, C-412/06, *Rec. pp.* I-2383. Comentada por EBERS, M., «¿Extinción del derecho de desisti-

que tras la ejecución completa de las prestaciones, lo que significa que este fallo relativiza la decisión del Asunto *Heineger*, poniendo de facto un límite temporal al ejercicio del derecho a desistir³⁵.

Ninguna de estas sentencias se refiere a la posibilidad de sancionar con la nulidad del contrato el incumplimiento del deber de informar del derecho de desistimiento, que es una medida que sí se valora en la citada sentencia del TJUE de 17 de diciembre de 2009. En este caso, la Abogado General V. Trstenjak presentó sus conclusiones el 7 de mayo de 2009 y se dictó sentencia por la Sala Primera del TJUE el 17 de diciembre de 2009 (*Martín Martín/EDP Editores, S.L, C- 227/08*)³⁶.

En cumplimiento de esta sentencia, la Audiencia Provincial de Salamanca, sección primera, dictó la sentencia de 22 de febrero de 2010, declarando nulo el contrato objeto de litigio. Con posterioridad a la resolución europea, la jurisprudencia menor en España ha aclarado su doctrina y donde hasta entonces había vacilado respecto a la categoría de nulidad, comienza a declarar la nulidad de oficio o reconoce esta posibilidad al amparo de la resolución comunitaria³⁷.

miento de un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil tras la completa ejecución de las prestaciones? Anotaciones a la STJCE (Sala Primera), Sentencia de 10 de abril de 2008, Asunto C-412/06 (*Annelore Hamilton c. Volksbank Filder eG*), *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, 2009, fasc. III, pp. 1151-1159. Se trataba de un contrato de crédito firmado a domicilio con el fin de financiar la compra de participaciones en un fondo de inversión inmobiliaria. En este caso el contrato no informaba sobre el derecho de desistir en los contratos de venta a domicilio y transacciones similares. Tras la devolución íntegra del préstamo, cuatro años después la parte consumidora desiste del contrato, previa declaración en concurso de acreedores de la sociedad gestora.

³⁵ EBERS, «Extinción...», *loc. cit.*, p. 1153. Considera que la decisión del Tribunal no resulta convincente. Basta que el empresario poco escrupuloso no informe al consumidor y procure al mismo tiempo una ejecución rápida del contrato para obtener un beneficio con el mínimo riesgo, eludiendo toda posibilidad de desistimiento.

³⁶ Que declaró que «el artículo 4 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional declare de oficio la nulidad de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva por no haberse informado al consumidor de su derecho de rescisión, aun cuando éste no haya invocado en ningún momento esa nulidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes», Sentencia del TJUE, de 17.12.2009, *Martín Martín/EDP Editores, S.L, C-227/08, Rec.* pp. I-11939.

³⁷ SAP Murcia, sec. 1ª, 2 de noviembre de 2010, que recoge la jurisprudencia europea aunque en este caso no declara la nulidad por otros motivos; SAP Tenerife, sec. 4ª, 2 de noviembre de 2010 y SAP Tarragona, sec. 3ª, de 8 de marzo de 2011.

1. EL INTERÉS PÚBLICO DEL ARTÍCULO 4 DE LA DIRECTIVA 85/577/CEE

El TJUE acude en esta sentencia de 17 de diciembre de 2009 al fundamento del derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. Considera que el consumidor, como parte débil del contrato, no sólo dispone de un derecho a rescindir el contrato, sino que también tiene el derecho al pleno conocimiento de sus derechos, debiendo ser informado de ellos expresamente y por escrito. Esta obligación de información que le impone al empresario el artículo 4 de la Directiva, en palabras del tribunal europeo, ocupa un lugar central en la estructura general de ésta, como garantía esencial de un ejercicio efectivo del derecho de revocación, y por lo tanto, del efecto útil de la protección de los consumidores a la que aspira el legislador comunitario (apartado 27). Por ello encierra un interés público que, en el sentido de la jurisprudencia citada, puede justificar una intervención positiva del juez nacional con el fin de subsanar el desequilibrio existente entre el consumidor y el comerciante en el marco de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales (apartado 28). En consecuencia, el deber de informar sobre este derecho es la «garantía esencial» para que se pueda ejercer.³⁸ Se trata de sancionar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva.

Un juez nacional sólo puede alegar de oficio un motivo basado en la infracción de disposiciones comunitarias, no alegado por las partes, en casos excepcionales, esto es, cuando el interés público exige su intervención³⁹. El TJUE también ha aceptado el control judicial de oficio de las cláusulas

³⁸ Apartados 55 y 56 de los Puntos del Abogado General que recoge la sentencia.

³⁹ El Tribunal cita la sentencia de 14 de diciembre de 1995 *J. Van Schijndel y J.N. Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, C-430/93, *Rec.* pp. I-4705, que consideró el interés público para justificar la aplicación de oficio de una disposición comunitaria por un juez nacional, (apartado 21). Esta decisión se recoge también en la sentencia de los casos acumulados de 7 de junio de 2007, Asunto *Van der Weerd y otros*, C-222/05 y C- 225/05, *Rec.* pp. I-4233 (ver apdos. 34 y 35). El interés público como argumento a favor de la intervención de oficio del juez nacional se ha planteado de nuevo en relación a la anulación de una cláusula abusiva en una cuestión prejudicial presentada por un tribunal español. Nos referimos al Asunto C- 618/10. Petición de decisión prejudicial presentada por la Audiencia Provincial de Barcelona (España) el 29 de diciembre de 2010 — *Banco Español de Crédito, S.A./ J. Calderón Camino*, aun no publicada, *DO*, C 95, de 26.3.2011.

abusivas de sumisión territorial⁴⁰ y de las cláusulas de arbitraje⁴¹. Entiende que es conforme al Derecho comunitario la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula como medio de protección al consumidor, dado que el particular, bien por ignorancia o bien por el coste del procedimiento, se mantiene pasivo en la denuncia de estas estipulaciones⁴². En el caso que nos ocupa, el Tribunal europeo considera que el juez nacional sí puede aplicar de oficio esta Directiva comunitaria por tener un interés público. Ahora bien, el paso siguiente es ver cuáles son las consecuencias de esta afirmación.

2. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD CONTRACTUAL DE OFICIO POR UN JUEZ NACIONAL

El TJUE interpreta la Directiva («medidas adecuadas que tiendan a proteger al consumidor»), en el sentido de reconocer a las autoridades nacionales un margen de apreciación a la hora de determinar las consecuencias derivadas de la falta de información, siempre que se aplique de conformidad con el objetivo de la Directiva de proteger al consumidor. Teniendo en cuenta que la Directiva es de armonización mínima, nada impide que los Estados adopten medidas más favorables en materia de protección a los consumidores. En este sentido, la medida de declarar de oficio la nulidad del contrato se considera «adecuada» con el art. 4, apartado tercero⁴³ y el interés público justifica en este caso la intervención de los Estados, y por lo tanto, de los jueces y tribunales⁴⁴.

⁴⁰ Sentencia de 27.06.2000, *Océano Grupo Editorial, S.A./ R.Murciano Quintero*, C- 240/98, *Salvat Editores, S.A./J.M.Sánchez Alcón Prados*, C-241/98, *J.L.Copano Badillo*, C-242/98, *M.Berroane*, asunto C-243/98, *E.Viñas Feliz*, Asunto C-244/98, *Rec. pp. I-4941*.

⁴¹ Cfr. Sentencia del TJUE, de 26.10.2006, *E.M. Mostaza Claro/ Centro Móvil Milenium, S.L.*, C- 168/05, *Rec. pp. I- 10421*.

⁴² En relación a las cláusulas abusivas, el Auto de la AP Barcelona, sec. 14^a ha presentado cuestión prejudicial porque duda el tribunal acerca de si puede analizar de oficio como desleal, y a falta de norma de trasposición y a la luz del artículo 11.2 de la Directiva 2005/29/CE, la práctica de introducir en el texto del contrato una cláusula de intereses moratorios del 29 por ciento en un contrato de préstamo (Asunto C- 618/10, *cit.*).

⁴³ Apartado 34: «puesto que sanciona el incumplimiento de una obligación cuyo respeto, como se ha señalado en la presente sentencia, es esencial a efectos de formación de la voluntad del consumidor y de la obtención del nivel de protección al que aspira el legislador comunitario».

⁴⁴ No obstante, añade que el órgano jurisdiccional nacional debería tener en cuenta, en determinadas circunstancias, la voluntad del consumidor de que no se anule el con-

Además el TJUE afirma que esta solución «no excluye que otras medidas también puedan garantizar dicho nivel de protección, como, por ejemplo, la reapertura de los plazos aplicables en materia de revocación del contrato» que permitan al consumidor ejercer el derecho de desistir⁴⁵. Esta última afirmación que hace el tribunal no es baladí y a mi juicio es un «guiño» a favor de la solución de la apertura y prórroga de plazos (más que «reapertura») que se ha establecido en la Directiva de derechos de los consumidores, como se verá a continuación.

IV. EVOLUCIÓN EN DERECHO COMUNITARIO DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR Y SUS CONSECUENCIAS

En la última década, el derecho de desistimiento, considerado por la Comisión europea como uno de los diez principios básicos de protección al consumidor⁴⁶, está siendo discutido. El fundamento implícito en la Directiva 85/577/CEE de reequilibrar la supuesta desventaja contractual del consumidor, está en entredicho. La desigualdad informativa entre consumidor y empresario que justificaba la concesión a aquél el poder dejar sin efecto un contrato es cuestionada por estudios empíricos que apuntan a su relativa efectividad⁴⁷. Además, el derecho de desistimiento se ha ido ampliando en derecho comunitario a contratos en los que su justificación es más que dudosa dado que no se explica muchas veces por un desequilibrio contractual, sino más bien por razones económicas de estimulación del consumo en los ámbitos en los que políticamente pueda convenir⁴⁸. Se apunta en la doctrina si no debiera

trato controvertido. Cfr. STJUE de 4.06.2009, *Pannon GSM Zrt/ Erzsébet Sustikné Györfi*, C- 243/08, *Rec.* pp. I-4713, apartado 3.

⁴⁵ Apartado 35.

⁴⁶ Documento de la European Commission, 20.07.2004: «Consumer Protection in the European Union: Ten Basic Principles: «Sometimes consumers can change their mind».

⁴⁷ ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, Barcelona, 2008, pp. 248-249. Especialmente EIDENMÜLLER, H., «Why withdrawal rights?», *European Review of Contract Law*, vol. 7-1, 2011, pp. 1-24, considera que el derecho de desistimiento no debería darse en todos los contratos fuera de establecimiento mercantil, sino que sólo debería reconocerse en las ventas a domicilio. Dichos estudios empíricos que recoge este autor arrojan un resultado digno de ser comentado. Afirma (p.17) que un gran número de consumidores tiene la creencia de que sus derechos son mayores cuando compran en tienda, que cuando compran a domicilio.

⁴⁸ EIDENMÜLLER, ibidem, se cuestiona si el derecho de desistimiento concedido en las diversas Directivas está realmente justificado. El caso de los contratos celebrados

restringirse sólo a los supuestos en los que los beneficios claramente exceden a sus costes⁴⁹, allí donde realmente es un medio efectivo y útil de protección al consumidor.

Algo fundamental para proceder a una armonización de esta cuestión⁵⁰. Y es que cada Estado miembro ha determinado consecuencias muy diversas por ejemplo para la omisión del deber de informar, de modo que el panorama es complejo⁵¹. Concretamente, la transposición de la Directiva 85/577/CEE, se ha realizado de muy distinta manera y no todos los Estados han establecido las mismas «medidas adecuadas» (artículo 4.3) como se puso de relieve en el marco de revisión del acervo comunitario iniciado en el año 2004 y se anunció «the way forward»⁵².

fuera de establecimiento mercantil encajaría en los supuestos de «exogenous distorted preferences», es decir, las decisiones del consumidor están distorsionadas por influencias externas, como el factor sorpresa, la presión del tiempo, la incapacidad de terminar fácilmente con las negociaciones contractuales y otras tácticas de manipulación psicológicas que pueden contribuir a que una determinada decisión contractual esté basada en preferencias distorsionadas del consumidor. Por el contrario, en los contratos a distancia, el fundamento que lo justifica es la información asimétrica («information asymmetries»), puesto que el consumidor no puede tener un contacto con el bien que adquiere de antemano y ello le puede llevar a hacer una elección equivocada. Finalmente podemos estar en los contratos de *timesharing* y en los contratos de crédito» ante casos de «endogenously distorted preferences». Este autor considera que los estudios que se han llevado a cabo demuestran que la tasa de ejercicio del derecho de desistimiento oscila entre un 1 y 5 por ciento en las ventas a domicilio (una cifra sorprendentemente baja); y entre un 25 y 35 por ciento en el caso de ventas a distancia, que en muchos casos son ventas «try out». Otras reflexiones y estudios, con referencias comparadas entre derecho europeo y americano pueden verse en: SMITS, J.M., «The right to change your mind? Rethinking the usefulness of mandatory withdrawal rights in consumer contract law», *Maastricht Faculty of Law, Working Paper* núm. 2011-01 y BEN SHAHAR, O. y POSNER, E.A., «The Right to Withdraw in Contract Law», *The Chicago Working Paper Series, Working Paper* núm. 514, Marzo 2010.

⁴⁹ ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho*, *op.cit.*, pp. 248-249, está en contra de una generalización de este derecho a todos los contratos de consumo.

⁵⁰ LOOS, M., «The case for a uniformed and efficient right of withdrawal from consumer contracts in European Contract Law», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2007, pp. 3-36.

⁵¹ En este sentido MANKOWSKI, P., «Information...», *loc. cit.*, p. 787, afirma que: «which consequences follow from non-compliance with formal requirements is one of the darker areas of Community legislation».

⁵² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en relación al Derecho europeo contractual y la revisión del *acquis*: perspectivas para el futuro (Comunicación de 11 Octubre 2004, COM (2004) 651 final). Un resumen de la evolución hacia

1. LA TRANSPOSICIÓN DE LAS «MEDIDAS ADECUADAS» DE LA DIRECTIVA 85/577/CEE

Así, en 2006 se hizo pública la versión *on line* del estudio encargado por la Comisión Europea a la Universidad de Bielefeld (Alemania) titulado «EC Consumer Compendium»⁵³, que recoge las divergencias tan amplias de transposición de esta norma comunitaria, entre otras⁵⁴.

Algunos países establecen la posibilidad de anular el contrato, bien parcialmente o en su totalidad: Grecia, España, Francia, Hungría y Países Bajos. Especialmente explícitas son, en términos de nulidad, además de España (artículo 4 Ley 26/91, ya comentado); los Países Bajos (*Colportagewet*, Artículo 24)⁵⁵ y Francia (*Code de la consommation*, Artículo L 121-23)⁵⁶. Otros como Bélgica establecen multas (entre 250 y 10.000 euros) y la posibilidad de suspensión del contrato hasta que no transcurra el tiempo para desistir. También se contemplan multas y otras sanciones más severas en Estonia, Fin-

la armonización puede verse en: MICKLITZ, H-W, STUYCK, J. y TERRY, E., *Consumer Law. Cases, Materials and Text*, Oxford-Portland, 2010, pp. 157-170.

⁵³ <http://www.eu-consumer-law.org>. El *Compendium* está publicado en: SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS (Eds.), *EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis*, Munchen, 2008, ver pp. 79-107 sobre la trasposición de la *Doorstep Selling Directive 85/577*.

⁵⁴ También ver el estudio comparado de ARROYO I AMAYUELAS, E y EBERS, M., ««Heiniger» y las sanciones del deber de información sobre el derecho de desistimiento *ad nutum* (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99)», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006, núm. 9, pp. 407-442. Ver en especial notas 85 a 91 de este trabajo respecto a este trabajo comparativo.

⁵⁵ Art. 24. 1: Voor een overeenkomst, welke het onmiddellijk gevolg is van de werkzaamheid van een colporteur, is op straffe van nietigheid vereist, dat door of namens de bij de overeenkomst betrokken partijen in twee gelijkluidende exemplaren een akte wordt ondertekend, en dat onmiddellijk na de ondertekening door de partij, die door de colporteur tot het aangaan van de overeenkomst is bewogen, een exemplaar van die akte is ontvangen door ieder van beide partijen [...]. Trad: «En relación al contrato que resulta directamente de la actividad de un vendedor a domicilio es necesario, bajo pena de nulidad, que se firme por o en nombre de las partes contratantes un acta en dos ejemplares idénticos, y que inmediatamente después de firmarse el contrato por la parte que ha sido convencida por el vendedor a domicilio a celebrar el contrato, se reciba un ejemplar del acta por cada una de las partes [...].»

⁵⁶ Article L 121-23: Les opérations visées à l'article L. 121-21 doivent faire l'objet d'un contrat dont un exemplaire doit être remis au client au moment de la conclusion de ce contrat et comporter, à peine de nullité, les mentions suivantes: [...].

landia, Hungría, Italia, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia. Por su parte, Malta exige la necesidad de solicitar licencia para llevar a cabo estas operaciones bajo sanción administrativa o multa e incluso la posibilidad de prisión⁵⁷.

Hay países que contemplan otras medidas que complementan y refuerzan la posición del consumidor, como la posibilidad de exigir una reparación de daños y perjuicios por la violación del deber de informar. Esta es una opción que tienen los Estados miembros dentro del margen que concede esta Directiva de mínima armonización⁵⁸. Es Alemania el país en el que esta cuestión se ha planteado más claramente debido a la relevancia de la jurisprudencia comunitaria sobre la transposición de esta Directiva y la importancia de la responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*)⁵⁹, de modo que los Tribunales alemanes se han pronunciado sobre esta posibilidad⁶⁰. Pero también en España hay algún apunte doctrinal en este sentido⁶¹. Otras voces formulan la hipótesis de aplicar la resolución por incumplimiento⁶².

Todo ello, amén de la posibilidad de la nulidad, no sólo a instancia del consumidor, sino judicialmente de oficio, admitida el propio tribunal de Lu-

⁵⁷ *Compendium, op. cit.*, pp. 96-96.

⁵⁸ La cuestión es el alcance de esta sanción, que debe estar ligada al incumplimiento del deber de informar y no tanto al incumplimiento del requisito formal, en cuanto cuál es el daño que realmente ha sufrido el consumidor por no ser informado. Esto no es fácil de calcular porque si un consumidor no es consciente del deber de informar, en la práctica no reclamará daños por la infracción de ese deber (MANKOWSKI, P., «Information...», *loc. cit.*, p. 793).

⁵⁹ Considera EBERS, M., «¿Extinción del derecho...», *loc. cit.*, pp.1155-1156, que sí sería factible la pretensión de daños por *culpa in contrahendo* en Alemania sobre la base de los Asuntos citados *Schulte y Crailsheimer Volksbank*, de modo que en Alemania se considera que el deber de informar sobre el derecho de desistimiento no sólo es una obligación, cuyo incumplimiento conlleva el aplazamiento del plazo de ejercicio de ese derecho, sino que es un verdadero deber precontractual cuya infracción puede comportar el resarcimiento de daños.

⁶⁰ Sentencia del *Bundesgerichtshof* de 16 de mayo de 2006. XI ZR 6/04 (*Compendium, op.cit.*, p. 97).

⁶¹ BASOZABAL ARRÚE, X., «En torno a ...», *loc. cit.*, p. 668.

⁶² Apunta ARROYO I AMAYUELAS, E., «Qué es forma...», *loc. cit.*, p. 432, la opción posible de conceder al consumidor el derecho a resolver el contrato por incumplimiento de una obligación y con la hipótesis de reclamar daños. Para prosperar ha de tenerse en cuenta la doctrina en torno a la resolución en relación al art. 1.124 CC (FENOY PICÓN, N., «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato. Análisis comparativo del art. 1124 del Código civil y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, 2009, fasc. I, pp. 157-280).

xemburgo en la sentencia arriba comentada, pero criticada por algunas voces de la doctrina⁶³.

Este disperso panorama de medidas de sanción, como bien afirma el *Compendium* citado, supone una barrera para el comercio transfronterizo porque el empresario tiene que informar al consumidor de su derecho de desistimiento adaptando la información a cada derecho nacional⁶⁴.

2. EL DESENLACE DE LA DIRECTIVA 2011/83/UE, SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

El Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo, presentado por la Comisión Europea en 2007⁶⁵, planteó la necesidad de armonización de las normas en materia de derechos de información y de desistimiento, así como de los efectos contractuales del incumplimiento de los requisitos de información⁶⁶. En este documento aparecían varias opciones:

1º. Ampliar a tres meses el periodo de reflexión como «solución uniforme para el incumplimiento de los requisitos de información».

2º. Introducir diferentes soluciones para los diversos tipos de incumplimientos precontractuales y contractuales, entre los que se encuentra la anulación del contrato para el caso concreto de que no se hubiera informado o se hubiera informado incorrectamente sobre el precio de un producto, mientras que otros incumplimientos se tratarían de manera diferente (por ejemplo ampliando el periodo de reflexión o sin aplicar sanción alguna).

3º. Que cada país siguiera determinando los efectos contractuales de manera diferente⁶⁷.

La Comisión presentó una Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores el 8 de octubre de 2008 que pretendía la revisión de cuatro Directivas, entre ellas la de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, con la intención de «instaurar un auténtico mercado interior para

⁶³ Algunas voces se han pronunciado claramente en contra de esta medida, como MANKOWSKI, P., «Information...», *loc. cit.*, p. 788, que considera una respuesta contra-productiva y no favorable a los intereses mismos del consumidor.

⁶⁴ *Compendium, op.cit.*, p. 205.

⁶⁵ Bruselas, 08.02.2007. COM (2006) 744 final.

⁶⁶ Ver en este contexto: MICKLITZ, H-W., RICH, N., y ROTT, P., *Understanding EU Consumer Law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, en especial, Capítulo 1: REICH, N., «Economic Law, Consumer Interests and EU Integration», pp. 1-60.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 21.

las relaciones entre empresas y consumidores, estableciendo el equilibrio adecuado entre un elevado nivel de protección de éstos y la competitividad de las empresas»⁶⁸, esto es, bajo una perspectiva de armonización máxima⁶⁹. El Capítulo III contenía la «información al consumidor y derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (artículos 8-20) y de las tres opciones posibles que planteaba el Libro Verde, la Propuesta optó por la de ampliar el plazo de desistimiento a tres meses (artículo 13)⁷⁰.

La armonización máxima pretendía privar a los Estados miembros de establecer medidas más tuitivas de los intereses del consumidor, como la ineficacia jurídica del contrato por infracción del deber de informar del derecho a desistir, ni como nulidad a instancia del consumidor, ni de oficio; como tampoco la prolongación indefinida del derecho a desistir en tanto sea informado de sus derechos (Asunto *Heineger*). Esta propuesta de limitar a tres meses el ejercicio de este derecho fue vista por algún autor como un paso atrás en la protección a los consumidores en este tipo de contratos, que ve merma- dos sus derechos⁷¹.

Entre tanto, esta Propuesta de Directiva tuvo un largo recorrido legislativo y finalmente fue sometida a principios de 2011⁷² a enmiendas por el Parlamento europeo a favor de ampliar ese plazo de tres meses y extenderlo hasta un año dando libertad a los Estados para mantener plazos incluso más largos⁷³. En esta línea de ampliación del plazo, se pronunciaron también la

⁶⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores. Bruselas, 8.10.2008. COM (2008) 614 final.

⁶⁹ MICKLITZ, H.W., «The targeted full harmonisation approach: looking behind the curtain», en HOWELLS, G. y SCHULZE, R., *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich, 2009, pp. 47-83.

⁷⁰ «Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 9, letra b), el artículo 10, apartado 1, y el artículo 11, apartado 4, el periodo de desistimiento expirará tres meses después de que el comerciante haya cumplido íntegramente sus demás obligaciones contractuales».

⁷¹ LOOS, M., «Right of withdrawal», en HOWELLS, G. y SCHULZE, R., *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich, 2009, p. 257 y 273. Por su parte, a NORDHAUSEN SCHOLEN, A., «Information requirements», en la misma obra, p. 234, entiende que dado el carácter esencial de la información sobre el derecho de desistimiento en este tipo de contratos, debería acarrear consecuencias más serias que las del artículo 13.

⁷² Documento de sesión presentado el 22 de febrero de 2011 y votado en sesión parlamentaria de marzo de 2011.

⁷³ Enmienda 16: «1.—Si la empresa no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1,

Comisión de Asuntos Jurídicos⁷⁴ y la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios⁷⁵.

Finalmente, la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores, de 25 de octubre de 2011, ha establecido una norma común para los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento para el supuesto de «omisión de información sobre el derecho de desistimiento»⁷⁶: El artículo 10 amplía a doce meses el periodo para desistir a contar desde el final del periodo inicial que es de catorce días. Si la empresa informase dentro de ese tiempo, el plazo para desistir sería de catorce días desde aquel en el que se recibe esa información⁷⁷.

Esta Directiva, que deroga la Directiva 85/577/CEE, establece por lo tanto la sanción por omisión de información mediante una ampliación del plazo con límite máximo de doce meses y lo hace bajo un sistema de armonización máxima que impide a los Estados miembros mantener o introducir en su legislación disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas, para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores (artículo 4). Si esto es así, desaparecerá toda posibilidad de anular el contrato por incumplimiento del deber de informar sobre el derecho a desistir a partir del periodo de transposición que finaliza el 13 de diciembre de 2013 (artículo 28).

letra e), el periodo de desistimiento expirará un año después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 12, apartados 1 bis y 2.

1 bis.—No obstante, los Estados miembros podrán mantener la legislación nacional vigente que prevea un plazo más largo de expiración del periodo de desistimiento.

⁷⁴ Enmienda 115: «Si la empresa no ha informado al consumidor acerca del derecho de desistimiento antes de la celebración de un contrato a distancia o fuera del establecimiento, debe ampliarse el plazo de desistimiento. Sin embargo, para garantizar la seguridad jurídica a lo largo del tiempo, conviene introducir un plazo de prescripción de un año».

⁷⁵ Enmienda 28: «Los Estados miembros podrán mantener disposiciones nacionales con un período de desistimiento más largo o disposiciones para preservar el período de desistimiento hasta que se haya facilitado la información mencionada en el apartado».

⁷⁶ Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, *DO*, L 304, de 22.11.2011.

⁷⁷ Así quedó fijada la redacción en la primera lectura en el Parlamento europeo, que tuvo lugar el 23 de junio de 2011 (Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 23 June 2011. PT-TA-PROV (2011)).

La explicación de que sea ésta y no otra la decisión que la Directiva ha adoptado tras el largo camino de deliberación desde 2008, se halla en el debate paralelo sobre la cuestión que se ha producido en aras a la armonización del derecho contractual europeo y en el que se ha ido trabajando intensamente a lo largo de estos últimos años con el apoyo de la Comisión europea.

3. EL PRECEDENTE DE LOS *ACQUIS PRINCIPLES* Y LA PREVISIÓN EN EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE-DCFR

En el marco académico de armonización europea, la Propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores fue objeto de crítica en este punto por entender que las instituciones comunitarias no estaban prestando atención a la labor realizada por el *Acquis Group-Research Group on EC Private Law*⁷⁸. Este grupo había comenzado a trabajar en el 2002 y había formulado un conjunto de reglas basadas en el acervo comunitario publicadas en 2007⁷⁹. En concreto, el artículo 5:103 contiene por primera vez la sanción por omisión de información ampliando hasta un año el derecho a desistir desde la conclusión del contrato⁸⁰.

⁷⁸ TERRY, E., «The right of withdrawal, the Acquis Principles and the Draft Common Frame of Reference», en R. SCHULZE (Ed.), *Common Frame of Reference and existing EC Contract Law*, Munich, 2009, pp. 143-182, muy crítica con la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores se apartase de los Acquis. Para ver un estudio comparativo entre la Propuesta de Directiva y el DCFR: HESSELINK, M.W., MAK, Ch & BOOYS, T.Q., «How the CFR can improve the Consumer Rights Directive. A comparison between the model rules in the draft Common Frame of Reference and the European Commission's proposal for a Consumer Rights Directive», *Report for the European Parliament*, 16 Marzo 2010.

⁷⁹ La versión original está publicada en su primera fase en: ACQUIS GROUP (Ed.), *Principles of the Existing EC Contract Law- Contract I (Acquis Principles-ACQP)*, Munich, 2007. La traducción al castellano de los Principios Acquis se encuentra en: ARROYO I AMAYUELAS, E., «Los principios del Derecho contractual comunitario», *Anuario de Derecho civil*, enero 2008, Vol. LXI, núm. 1, pp. 211-239. También en: «Principios del Derecho contractual comunitario (*Acquis Principles*)», en M^a. P. FERRER VANRELL y A. MARTÍNEZ CAÑELLAS (Coord), *Principios de derecho contractual europeo y principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*, en Actas del Congreso Internacional celebrado en Palma de Mallorca, 26 y 27 de abril de 2007, pp. 62-87.

⁸⁰ Apartado (1): «Salvo que otra cosa se determine, el derecho de desistimiento debe ser ejercido en un plazo de 14 días tras la conclusión del contrato, siempre que se haya comunicado la existencia del derecho según el art. 5:104, y no más tarde de un año tras la conclusión del contrato. Si se trata de un contrato de suministro de mercancías». Traducción de ARROYO I AMAYUELAS, E., «Los Principios...», *loc. cit.*, p. 229.

Posteriormente, junto con el *Study Group on a European Civil Code*, se publicó lo que hasta la fecha ha sido el resultado más importante en la labor de armonización jurídica de derecho privado europeo, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR, Borrador de Marco Común de Referencia)⁸¹. En este trabajo, el derecho de desistimiento se regula en el capítulo V del Libro II (artículos 5:101-5:202)⁸², inspirado claramente en los Principios *Acquis*, que han jugado un importante papel, como parece lógico, porque no estaba en los Principios de Derecho contractual europeo (*Principles of European Contract Law*, PECL)⁸³. Curiosamente, los comentarios al DCFR sostienen que el límite temporal de un año no está basado en el derecho comunitario ni en las legislaciones nacionales, para las que en su mayoría es una innovación, sino en el Derecho finlandés y en la necesidad de superación de la regulación tan incoherente en el Derecho comunitario e incluso más aún en las leyes nacionales⁸⁴.

En el DCFR el plazo general es de catorce días que no puede dilatarse más de un año desde la perfección del contrato. Por lo tanto, pasado este año sin información, caduca el derecho a desistir⁸⁵. El DCFR no otorga ninguna particularidad para el derecho de desistimiento en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil⁸⁶. Ello a pesar de su relevancia en la ju-

⁸¹ STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE y RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Draft Common Frame of Reference (DCFR). Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, ed. C. VON BAR, E. CLIVE y H. SCHULTE-NÖLKE (*et alii*), Full edition, Munich, 2009.

⁸² DCFR, full ed., vol. I, *op.cit.*, pp. 353-ss. Un comentario monográfico a este tema puede verse en DIÉGUEZ OLIVA, R., «El derecho de desistimiento en el Marco común de referencia», *INDRET*, 2-2009. Un comentario en castellano al DCFR puede verse en: VALPUESTA GASTAMINZA, E. (coord.), *Unificación del derecho patrimonial europeo*, Barcelona, 2011. Se dedica el capítulo 4 (a cargo de E. VALPUESTA, pp. 100-161) al libro II y en concreto a los deberes precontractuales y de información (pp. 107-116) y al derecho de desistimiento (pp. 123-129).

⁸³ TERRY, E., «The right of withdrawal, ...», *loc. cit.*, p. 143.

⁸⁴ DCFR, full ed., vol. I, *op.cit.*, pp. 355-356. Apunta VALPUESTA GASTAMINZA, E., *Unificación...*, *op.cit.*, p. 124, que «este plazo de un año se ha tomado de la inicial regulación de la ley alemana sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil». Como se ha visto más arriba el TJUE había afirmado que limitar a un año el tiempo para reclamar podía ser contrario a la Directiva.

⁸⁵ II.5: 103(3).

⁸⁶ Bajo esta denominación «*contracts negotiated away from business premises*» (art. 5:201) se incluyen las situaciones cubiertas por las Directivas de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (Directiva 85/577/CEE), las previstas en la Directiva de contratos celebrados a distancia (Directiva 97/7/CE); así como la contratación a dis-

jurisprudencia comunitaria, como se ha visto más arriba. Esta ausencia ha sorprendido a la doctrina que esperaba alguna atención particular a este tema en estos contratos⁸⁷. En todo caso, la posibilidad de anular por incumplimiento del deber de informar está ausente de este proyecto.

4. EL CONSENSO EN CUANTO A LA NECESIDAD DE UN PLAZO LÍMITE AL EJERCICIO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO

La Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores, recoge la ampliación del tiempo para desistir en caso de omisión del deber de información en consonancia con el *Acquis* y el DCFR. Ciertamente de un lado, por la necesidad de establecer un plazo máximo que era algo imprescindible dado que la jurisprudencia comunitaria se había pronunciado en contra de que quedase prorrogado *sine die* el plazo para desistir en tales supuestos⁸⁸. De otro, por la disparidad de transposición entre las legislaciones nacionales que el *Compendium* citado había puesto de relieve⁸⁹. Había una necesidad de armonización de esta cuestión.

Ahora bien, nótese que el *dies a quo* no coincide: la Directiva sobre derechos de los consumidores amplía a «doce meses» a contar desde la expiración del período de desistimiento inicial, mientras que los principios *Acquis* y el DCFR hablan de «un año» desde la perfección del contrato (*one year after the time of conclusion of the contract*). El *dies a quo* es diferente y nos

tancia de servicios financieros, la Directiva 2002/65/CE), porque lo único que se requiere es que el contrato realmente se celebre fuera de la sede empresarial (DCFR, full ed., vol. I, *op.cit.*, p. 387). Por lo tanto, incluye «doorstep contracts» como «distance contracts». Comment A (*Purpose and general scope*).

⁸⁷ DIÉGUEZ OLIVA, R., «El derecho de desistimiento...», *loc. cit.*, pp. 8 y ss, se muestra sorprendida por esta ausencia, teniendo en cuenta la abundante jurisprudencia comunitaria. La autora compara la regulación contenida en el DCFR con los principios del *acquis*. Es casi idéntica con la única diferencia entre ambas, además de la sistemática en cuando a la numeración de los diversos apartados, de la supresión del número (2) del art. 5:201 de los *Acquis Principles*, en cuanto que no se exige que legalmente se determine la cuantía mínima de los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil para el reconocimiento de dicho derecho de desistimiento.

⁸⁸ Sentencia 31 de diciembre de 2001, Asunto Heineger, ver *supra*. Esta sentencia llevaba a una prolongación indefinida, que sólo tendría su límite en la posible aplicación de la prescripción o en los principios de *good faith* y *fair dealing*, que lleva a la inseguridad jurídica aunque pudiera parecer ventajosa para el consumidor (DCFR, full ed., vol. I, *op.cit.*, p. 357. Comment D).

⁸⁹ *Compendium, op.cit.*, pp. 480-481.

parece más acertada la regulación de la Directiva, que es la que se ha adoptado también en la Propuesta europea de una normativa común de compraventa (conocida como CESL).

5. LA CUESTIÓN EN LA PROPUESTA DE REGLAMENTO RELATIVA A UNA NORMATIVA COMÚN DE COMPRAVENTA EUROPEA (CESL)

Efectivamente, la desaparición de la nulidad del contrato por omitir información sobre el derecho a desistir se confirma en la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea, CESL, publicada con fecha de 11 de octubre de 2011⁹⁰, que opta igualmente por la prolongación del plazo para desistir con límite temporal.

Esta Propuesta tiene por fin crear un instrumento opcional común de derecho contractual que potencie el comercio transfronterizo y trae causa del DCFR arriba citado, ya que tras la publicación de este último se siguió trabajando con apoyo de la Comisión europea con el fin de crear un instrumento opcional. Así, en el mes de mayo de 2010 un grupo de expertos nombrado por la propia Comisión⁹¹, empezó a elaborar un cuerpo de normas cuyo resultado fue un estudio de viabilidad (*feasibility study*), publicado el 3 de mayo de 2011⁹². Se trata de un total de 189 artículos de derecho contractual que cubren los aspectos más relevantes con el objetivo de avanzar en la armonización contractual europea, del que se invitó a dar *feedback* del mismo hasta el día 1 de julio de 2011. En dicho estudio, la cuestión que nos ocupa se abordaba en el artículo 42 (3), y acertaba sorprendentemente el plazo de un año a seis meses sin que hubiera explicación alguna para ello⁹³.

Posteriormente se hizo pública en la web de la Comisión una segunda

⁹⁰ Bruselas, 11.10. 2011. COM (2011) 635 final.

⁹¹ Grupo de expertos sobre Derecho contractual europeo nombrado por la Comisión: Decisión de la Comisión 2010/233/EU, de 26.4.2010, DO, L 105, de 27.4.2010.

⁹² Commission Expert Group European Contract Law, *Feasibility Study for a Future Instrument in European Contract Law*, 3.5.2011. Puede verse este trabajo en: R. SCHULZE y J. STUYCK, *Towards a European Contract Law*, Sellier, Munich, 2011, pp. 217-278.

⁹³ Article 42 (3): «If the business has not provided the consumer with the information referred to in Articles 14 (1) (a), 15, 16 (a) - (d) or 18 (1), or if the information given does not comply with Articles 19 or 20(7), the withdrawal period expires:

(a) after six months from the day referred to in paragraph 2 (a) – (e); or

(b) where the business provides the consumer with this information within those six months, after fourteen days from the day the consumer receives the information.

versión-*draft* en fecha 19 de agosto de 2011 («*Contract law-work in progress*») que volvió al plazo máximo de un año⁹⁴. Curiosamente, de esta segunda versión no existe una publicación institucional, es un documento de trabajo que en términos generales su gran novedad es la incorporación del contenido digital⁹⁵, pero en este punto concreto del derecho de desistimiento sí introduce un cambio, para volver al plazo de un año, sin duda más adecuado al sentir comunitario como lo demuestran los Principios *Acquis*.

De esta segunda versión por lo tanto trae causa la Propuesta CESL, que está en consonancia con la Directiva sobre derechos de los consumidores. No obstante, con el matiz de que la Propuesta CESL utiliza la expresión «año» en vez de «doce meses», pero el *dies a quo* es el mismo.

Se trata del artículo 42, apartado segundo, que prorroga el plazo para desistir hasta un año a contar desde el fin del periodo inicial de desistimiento⁹⁶. No hay espacio para la posible nulidad del contrato por tal motivo. La nulidad en la Propuesta CESL está limitada a los supuestos de error, dolo, amenaza o explotación injusta (artículos 48-50).

V. CONCLUSIONES

1º.—La Directiva sobre derechos de los consumidores pretende poner fin a la heterogeneidad en la regulación nacional de la consecuencia de la omisión del deber de información sobre el derecho a desistir del contrato celebrado fuera de establecimiento, en aras a lograr una mayor integración del mercado comunitario y una potenciación de las ventas transfronterizas.

⁹⁴ Article 43.2º: If the trader has not provided the consumer with the information referred to in Article 18 (1), the withdrawal period expires:

(1) after one year from the end of the initial withdrawal period, as determined in accordance with paragraph 1 (a) to (c); or

(2) where the trader provides the consumer with this information within this one year, after fourteen days from the day the consumer receives the information».

⁹⁵ La segunda versión del *feasibility study* de 19.08.2011, amplía la versión inicial incluyendo el contenido digital que no formaba parte del mismo inicialmente y que la Comisión decidió finalmente incorporar tras el estudio realizado por los profesores Marco LOOS, Chantal MAK, Bernt HUGENHOLTZ y Natali HELBERGER, *Digital Content Services for Consumers*, Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) y el Institute for Information Law (IVIR), Amsterdam, 2011.

⁹⁶ «Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información contemplada en el artículo 17, apartado 1, el plazo de desistimiento concluirá: (a) al cabo de un año desde la expiración del plazo de desistimiento inicial [...].

2º.—La sanción será la prórroga del plazo para desistir hasta un máximo de doce meses, tanto en los contratos de consumo a distancia como los realizados fuera de establecimiento, que tendrán un régimen común en el futuro, a contar desde la expiración del periodo inicial de desistimiento, que es de catorce días.

3º.—Desaparecerá en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil la posibilidad que existe en España, y en otros países comunitarios, de anular el contrato, tanto a iniciativa del consumidor, como de oficio por parte de la autoridad judicial nacional, a pesar de que había sido avalada por el TJUE. Por lo que con la nueva regulación comunitaria deja de ser una «medida adecuada» a la luz del derecho europeo y la transposición de la nueva Directiva implicará el final de esta posibilidad jurídica. Se pone fin también a veinte años de debate doctrinal y jurisprudencial acerca de la verdadera naturaleza jurídica de esta forma de ineficacia negocial.

4º.— Esta medida puede generalizarse a todo contrato de compraventa y de servicios relacionados, aunque no se realice a distancia, si prospera la Propuesta de Reglamento CESL relativo a una normativa común de compraventa europea.

DERECHO PRIVADO COMUNITARIO Y EVOLUCIÓN
DE LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER
DE INFORMACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO: CONTRATOS
CELEBRADOS FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

RESUMEN: El artículo aborda el incumplimiento del deber de informar sobre el derecho a desistir del contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, junto con la anulación del contrato, que es posible en algunos países europeos como España, medida respaldada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hasta ahora el marco jurídico europeo permitía a los Estados miembros establecer las medidas de protección al consumidor que considerasen adecuadas cuando la información no era suministrada por el empresario. Sin embargo, la recién publicada Directiva sobre derechos de los consumidores, de armonización máxima, establece como única medida posible que el derecho de desistimiento expirará a los doce meses desde el final del periodo inicial de desistimiento. No existe posibilidad de anular el contrato. El origen de esta medida se encuentra en los *Principios Acquis*, que son seguidos en este punto por el DCFR. En la misma línea se encuentra la *Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea* con el fin de fortalecer las operaciones transfronterizas y la integración económica eliminando barreras jurídicas.

PALABRAS CLAVE: contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, deber de información, protección al consumidor, derecho de desistimiento, nulidad, Marco común de referencia, Propuesta sobre una Normativa Europea de Compraventa.

EUROPEAN PRIVATE LAW AND EVOLUTION OF THE CONSEQUENCES
OF NON-PERFORMANCE OF THE DUTY TO INFORM ABOUT THE RIGHT
OF WITHDRAWAL: OFF-PREMISES CONTRACTS.

ABSTRACT: The article addresses the failure to provide information on the right of withdrawal from off-premises contracts along with the avoidance of the contract, which is a possible consequence in some European countries like Spain, and is a measure backed by the Court of Justice of the European Union. Until now, the European legal framework has allowed Member States to lay down appropriate consumer protection measures in cases where the information is not supplied by the trader. However, the recently published Directive on consumer rights, of maximum harmonisation, establishes as the only possible measure that the withdrawal period shall expire twelve months from the end of the initial withdrawal period. There is no option to avoid the contract. The origin of this measure is in the *Acquis Principles*, being followed on this point by the DCFR. This may be also found in the *Proposal for a regulation on a Common European Sales Law* which aims to enhance the cross-border transactions and the economic integration by getting rid of legal barriers.

KEY WORDS: off-premises contracts, information requirement, consumer protection, right of withdrawal, avoidance, Common frame of reference, Proposal on a Common European Sales Law.

DROIT PRIVÉ EUROPÉEN ET L'ÉVOLUTION DES CONSEQUENCES
DE NE PAS S'ACQUITTER DU DEVOIR D'INFORMATION
DU DROIT DE RÉTRACTATION: CONTRATS NEGOCIÉS
EN DEHORS DES ÉTABLISSEMENTS COMMERCIAUX

RÉSUMÉ: L'article aborde l'inaccomplissement du devoir d'informer du droit de rétractation au contrat célébré en dehors des établissements commerciaux, et l'annulation du contrat, qui est possible dans quelques pays comme l'Espagne, appuyée par la Cour de justice de l'Union Européenne. Jusqu'à présent le cadre juridique européen permettait aux États membres d'établir les mesures de protection au consommateur qu'ils considéraient adéquat quand l'information n'était pas fournie par l'entrepreneur. Cependant, la Directive récemment publié sur des droits des consommateurs, d'harmonisation maximale, établit comme unique mesure possible que le droit de désistement expirera aux douze mois depuis la fin de la période initiale de désistement. Il n'existe aucune option d'annulation du contrat. L'origine de cette mesure est dans les *Principes Acquis*, suivie sur ce point par le projet de CCR. Dans la même ligne se trouve la Proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente avec la fin de fortifier les opérations transfrontalières et l'intégration économique en éliminant des barrières juridiques.

MOTS CLÉS: contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, protection des consommateurs, droit de rétractation, nullité, Cadre commun de référence, Proposition relatif à un droit commun européen de la vente.

