# CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
# SRA. VERICA TRSTENJAK
# presentadas el 7 de mayo de 2009 [1]

## Índice

I. Introducción . . . . . I - 11942

II. Marco jurídico . . . . . I - 11943

A. Derecho comunitario . . . . . I - 11943

1. Tratado CE . . . . . I - 11943

2. Directiva 85/577 . . . . . I - 11944

B. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea . . . . . I - 11946

C. Derecho nacional . . . . . I - 11947

III. Hechos, litigio principal y cuestión prejudicial . . . . . I - 11948

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia . . . . . I - 11949

V. Alegaciones de las partes . . . . . I - 11950

VI. Análisis de la Abogado General . . . . . I - 11954

A. Introducción . . . . . I - 11954

B. Análisis de la cuestión prejudicial . . . . . I - 11955

1. Consideraciones introductorias sobre la cuestión prejudicial . . . . . I - 11955

a) Disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita el órgano jurisdiccional remitente . . . . . I - 11955

b) Problemas planteados por la cuestión prejudicial . . . . . I - 11957

2. ¿Es posible calificar la nulidad relativa del contrato como medida adecuada en el sentido del artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva 85/577? . . . . . I - 11958

1 — Lengua original: esloveno.

3. Regla general: inexistencia de una obligación general de apreciación de oficio en el Derecho comunitario . . . . . I - 11962

4. Excepción a la regla general: jurisprudencia relativa a las Directivas 93/13 y 87/102 . . . . . I - 11963

a) Jurisprudencia relativa a la Directiva 93/13 . . . . . I - 11963

b) Jurisprudencia relativa a la Directiva 87/102 . . . . . I - 11965

5. Aplicación al presente asunto de la jurisprudencia relativa a las Directivas 93/13 y 87/102 . . . . . I - 11965

6. ¿Ha de configurarse el poder de intervención de oficio del juez nacional como una facultad o como una obligación? . . . . . I - 11973

C. Conclusión . . . . . I - 11974

VII. Conclusión . . . . . I - 11975

## I. Introducción

1. El presente asunto plantea la cuestión de si el juez nacional puede actuar de oficio y declarar la nulidad de un contrato negociado fuera de los establecimientos comerciales porque el consumidor no ha sido informado de su derecho a revocar dicho contrato, a pesar de que la normativa nacional aplicable no permite a dicho juez intervenir de oficio en un supuesto semejante, sino que impone al consumidor que no haya recibido la información la carga de solicitar la declaración de nulidad del contrato. El asunto versa sobre la interpretación de las disposiciones del Tratado CE en materia de protección de los consumidores, así como sobre la interpretación del artículo 4, párrafo tercero, 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, [2] con arreglo al cual los Estados miembros deben prever medidas adecuadas para la protección de los consumidores en caso de que no se les haya proporcionado información sobre el derecho a rescindir el contrato.

2. En el marco de un contrato negociado fuera de los establecimientos comerciales, no sólo es determinante para la protección del consumidor su derecho a rescindir dicho contrato, sino también el hecho de que se le informe debidamente de ese derecho y de que se garanticen medidas adecuadas y eficaces en caso de que no se le proporcione la mencionada información. En efecto, cuando el consumidor celebra un contrato de ese tipo,

2 — DO L 372; EE 15/06, p. 131.

a menudo no puede evaluar objetivamente todas las consecuencias que tendrá para él dicho contrato. Dado que el consumidor es la parte más débil en el ámbito de ese contrato, en este procedimiento procede determinar si para proteger eficazmente sus derechos es necesario que en los litigios sobre los contratos de este tipo los jueces nacionales garanticen de oficio dicha protección.

t) una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores;

[…].»

## II. Marco jurídico

### A. *Derecho comunitario*

#### 1. Tratado CE

3. El artículo 3 CE, apartado 1, dispone:

«1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado:

[…]

4. El artículo 95 CE establece:

«[…]

3. La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo

[…]»

5. Según el artículo 153 CE:

«1. Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses.

2. Al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores.

3. La Comunidad contribuirá a que se alcancen los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

a) medidas que adopte en virtud del artículo 95 en el marco de la realización del mercado interior;

b) medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros.

4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas mencionadas en la letra b) del apartado 3.

5. Las medidas que se adopten en virtud del apartado 4 no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con el presente Tratado. Se notificarán a la Comisión.»

2. Directiva 85/577

6. Los considerandos cuarto, quinto y sexto de la Directiva 85/577 establecen:

«Considerando que los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales del comerciante se caracterizan por el hecho de que la iniciativa de las negociaciones procede, normalmente, del comerciante y que el consumidor no está, de ningún modo, preparado para dichas negociaciones y se encuentra desprevenido; que, frecuentemente, no está en condiciones de comparar la calidad y el

precio de la oferta con otras ofertas; que dicho elemento de sorpresa generalmente se tiene en cuenta, no solamente para los contratos celebrados por venta a domicilio, sino también para otras formas de contrato, en los cuales el comerciante toma la iniciativa fuera de sus establecimientos comerciales;

considerando que conviene conceder al consumidor un derecho de rescisión [3] durante un período de siete días, como mínimo, con el fin de ofrecerle la posibilidad de considerar las obligaciones que resultan del contrato;

Considerando que es preciso adoptar las medidas adecuadas con el fin de que el consumidor esté informado por escrito de dicho plazo de reflexión.»

3 — En lo que atañe a los conceptos de «preklic» [literalmente: «revocación» – NdT] y «odstop» [literalmente: «renuncia» – NdT], observo que la Directiva 85/577 utiliza dos expresiones, y precisamente el artículo 4, párrafo primero, afirma que el consumidor tiene una «[pravica] do preklica» [literalmente: «derecho de revocación»; en la versión española de la Directiva: «derecho a rescindir el contrato» – NdT] («droit de résiliation/résilier», «Widerrufsrecht», «right of cancellation», «diritto di rescindere il contratto»), mientras que el artículo 5, apartado 1, establece que el consumidor tiene «[pravica], da odstopi od pogodbe» [literalmente: «derecho a renunciar al contrato»; en la versión española de la Directiva: «derecho de renunciar a los efectos de su compromiso» – NdT] («droit de renoncer aux effets de son engagement», «das Recht, von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten», «right to renounce the effects of his undertaking», «diritto di rescindere il proprio impegno»). En lo que respecta a la versión alemana de la Directiva 85/577, señalo que en el cuarto considerando se emplea la misma expresión que en el artículo 5, apartado 1 [«das Recht, […] zurückzutreten»]. El examen comparativo de las instituciones jurídicas del «preklic» y del «odstop» excedería los límites del análisis desarrollado en las presentes conclusiones, ya que son los ordenamientos de los Estados miembros quienes determinan los efectos jurídicos de ambas instituciones; me limito a señalar que en las presentes conclusiones no utilizo ambas expresiones, sino solamente la de «odstop od pogodbe» [«renuncia al contrato»]. [No obstante, en la versión española se empleará el término «revocación» en aras de la coherencia con la terminología de la legislación española – NdT].

7. El artículo 1, apartado 1 de la Directiva 85/577 dispone:

«La presente Directiva se aplicará a los contratos celebrados entre un comerciante que suministre bienes o servicios y un consumidor:

[…]

— durante una visita del comerciante:

i) al domicilio del consumidor o de otro consumidor;

[…]

cuando la visita no se haya llevado a cabo a instancia expresa del consumidor.»

8. El artículo 4 de la Directiva 85/577 establece:

«El comerciante estará obligado a informar por escrito al consumidor, en el caso de transacciones contempladas en el artículo 1, sobre su derecho a rescindir el contrato durante los plazos definidos en el artículo 5, así como sobre el nombre y dirección de una persona con respecto a la cual pueda ejercer dicho derecho.

Dicha información estará fechada y mencionará los elementos que permitan identificar el contrato y se dará al consumidor:

a) en el caso del apartado 1 del artículo 1, en el momento de la celebración del contrato;

b) en el caso del apartado 2 del artículo 1, a más tardar, en el momento de la celebración del contrato;

c) en el caso del apartado 3 del artículo 1 y del apartado 4 del artículo 1, cuando el consumidor haya propuesto la oferta.

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.»

9. El artículo 5 de la Directiva 85/577 dispone lo siguiente:

«1. El consumidor tendrá el derecho de renunciar a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo [4] de siete días, a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información contemplada en el artículo 4 y de acuerdo con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional. En lo referente al respecto del plazo, bastará con que la notificación se haya expedido antes de transcurrido dicho plazo.

2. La notificación realizada tendrá por efecto liberar al consumidor de toda obligación que resulte del contrato rescindido.»

B. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

10. El artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [5] (en lo

4 — Nota relevante únicamente para la versión eslovena de las presentes conclusiones.

5 — La Carta fue proclamada solemnemente el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364, p. 1), dicha proclamación solemne se repitió el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (DO C 303, p. 1).

sucesivo, «Carta»), titulado «Protección de los consumidores» determina que:

«Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores.»

C. *Derecho nacional*

11. El ordenamiento interno español se adaptó a la Directiva 85/577 a través de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles [6] (en lo sucesivo, «Ley 26/1991»).

12. El artículo 3 de la Ley 26/1991 establece lo siguiente:

«1. El contrato o la oferta contractual, contemplados en el artículo primero, deberán formalizarse por escrito en doble ejemplar, acompañarse de un documento de revocación [7] e ir fechados y firmados de puño y letra por el consumidor.

2. El documento contractual deberá contener, en caracteres destacados e inmediatamente encima del lugar reservado para la firma del consumidor, una referencia clara y precisa al derecho de éste a revocar el consentimiento otorgado y a los requisitos y consecuencias de su ejercicio.

3. El documento de revocación deberá contener, en forma claramente destacada, la mención "documento de revocación", y expresar el nombre y dirección de la persona a que ha de enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.

4. Una vez suscrito el contrato, el empresario o la persona que actúe por cuenta suya, entregará al consumidor uno de los ejemplares y el documento de revocación.

5. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere.»

6 — *Boletín Oficial del Estado* (BOE) nº 283, de 26 de noviembre de 1991, p. 38165.

7 — La Ley 26/1991 utiliza el término «revocación».

13. El artículo 4 de la Ley 26/1991 regula las consecuencias de la inobservancia de los requisitos establecidos en el artículo 3 de dicha Ley como sigue:

«El contrato celebrado o la oferta realizada con infracción de los requisitos establecidos por el artículo anterior podrá ser anulado a instancia del consumidor.

En ningún caso podrá ser revocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor.»

14. El artículo 9 de la Ley 26/1991 establece:

«Los derechos conferidos al consumidor por la presente Ley son irrenunciables. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor.»

## III. Hechos, litigio principal y cuestión prejudicial

15. El 20 de mayo del 2003, la Sra. Martín Martín firmó en su domicilio un contrato con un representante de la empresa EDP Editores, S.L. (en lo sucesivo, «EDP»), que tenía por objeto la compra de 15 libros, 5 DVD y un reproductor DVD. [8] Estos productos le fueron entregados el 2 de junio de 2003. El importe del precio de compraventa era de 1.909 euros, de los cuales la Sra. Martín Martín abonó 47,48 euros, dejando impagada la cantidad de 1.861,52 euros.

16. Al no cobrar la mercancía, EDP presentó solicitud de procedimiento monitorio contra la Sra. Martín Martín en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Salamanca en reclamación de la cantidad de 1.861,52 euros incrementada con los intereses legales y las costas. La Sra. Martín Martín interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Salamanca (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») contra la resolución de 14 de junio de 2007, que la había condenado al pago de la suma reclamada.

17. En la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente sostiene que el contrato controvertido podría ser declarado

8 — Ha de precisarse que en el contrato se menciona como adquirente al Sr. Caballo Bueno, pareja de hecho de la Sra. Martín Martín, pero que la venta fue firmada por ésta. Durante todo el procedimiento sustanciado ante los tribunales españoles, éstos consideraron como única parte contractual a la Sra. Martín Martín.

nulo, en la medida en que no se informó al consumidor de su derecho de revocación en el plazo de 7 días contados a partir de la recepción de la mercancía, así como de los requisitos y consecuencias del ejercicio de ese derecho. El órgano jurisdiccional remitente subraya asimismo que el consumidor no solicitó que se declarara la nulidad del contrato ni ante el juez de primera instancia ni en el recurso de apelación.

18. Al respecto, el órgano jurisdiccional remitente señala que, a efectos del Derecho español y, más concretamente, del artículo 4 de la Ley 26/1991, cuando en la celebración de un contrato no se haya dado cumplimiento a la obligación de informar al consumidor de su derecho de revocación, incumbe al propio consumidor la carga de solicitar la declaración de nulidad del contrato. Además, según la normativa española, los procedimientos civiles se rigen por el principio de justicia rogada (principio de rogación), en virtud del cual el juez no puede apreciar de oficio los hechos, las pruebas y las pretensiones que las partes no hayan planteado. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si en el presente asunto está obligado a decidir únicamente sobre las pretensiones formuladas por las partes en el procedimiento de apelación o si la Directiva 85/577 le permite declarar de oficio la nulidad del contrato.

19. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento el 20 de mayo de 2008 y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿El art. 153 del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, en relación con los arts. 3 y 95 del mismo, así como con el art. 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y la Directiva del Consejo 1985/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, sobre protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y en concreto su art. 4, debe interpretarse en el sentido de permitir al Tribunal que conoce del recurso de apelación contra la sentencia dictada en la primera instancia declarar de oficio la nulidad de un contrato incluido en el ámbito de la citada Directiva, cuando dicha nulidad no fue alegada en ningún momento en trámite de oposición al procedimiento monitorio, en el juicio verbal, ni en el recurso de apelación, por el consumidor demandado?»

## IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

20. La petición de decisión prejudicial llegó al Tribunal de Justicia el 26 de mayo de 2008. En la fase escrita del procedimiento presentaron observaciones EDP, los Gobiernos español y austriaco, así como la Comisión. En la vista, celebrada el 12 de marzo de 2009, el Gobierno

español y el Gobierno checo –que no presentó observaciones escritas– y la Comisión expusieron sus alegaciones y respondieron a las preguntas formuladas por el Tribunal de Justicia.

## V. Alegaciones de las partes

21. *EDP* sostiene que el artículo 4 de la Directiva 85/577 no puede interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional declarar de oficio la nulidad del contrato celebrado con un consumidor fuera de los establecimientos comerciales cuando el consumidor no haya alegado dicha nulidad.

22. En apoyo de su alegación, EDP subraya que, con arreglo al artículo 4 de la Directiva 85/577, los Estados miembros han de procurar que su legislación nacional prevea medidas adecuadas que tiendan a proteger al consumidor, y que ninguna disposición de dicha Directiva establece que el juez nacional pueda declarar de oficio la nulidad del contrato cuando ésta no haya sido alegada por el consumidor. Por lo tanto, en su opinión, la normativa española aplicable, [9] que impone al consumidor la carga de solicitar la declaración de nulidad del contrato, no es contraria al artículo 4 de la Directiva 85/577, sino que protege rigurosamente los derechos de los consumidores. Según EDP, en ese contexto procede comprobar además si una disposición nacional imposibilita o dificulta excesivamente el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho comunitario. [10]

23. Asimismo, EDP aclara que el Derecho español distingue entre nulidad relativa y nulidad absoluta. Subraya que, en el caso de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la eventual nulidad tiene carácter relativo y sólo puede ser declarada a instancia de parte. Según la normativa española, en los casos de nulidad absoluta, la correspondiente acción de declaración es imprescriptible y ejercitable por terceros, y, además, el vicio puede ser señalado de oficio por el juez.

24. *El Gobierno español* afirma que el artículo 4 de la Directiva 85/577 no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que permite al juez nacional declarar de oficio la nulidad del contrato negociado fuera de los establecimientos comerciales cuando el consumidor no haya alegado dicha nulidad en alguna fase del procedimiento.

25. El Gobierno español sostiene que el nivel de protección de los consumidores que ofrece la Ley 26/1991 satisface por completo las

9 — EDP sostiene que en el presente asunto ha de aplicarse el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que derogó la Ley 26/1991. Sin embargo, como declaró el Gobierno español (véase la nota 11 de las presentes conclusiones), en el caso de autos la normativa pertinente es la dictada por la Ley 26/1991, vigente en la época en que se produjeron los hechos.

10 — En este contexto, EDP remite a la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599), apartado 14.

exigencias del Tratado CE y de la Directiva 85/577, y que, en su opinión, mediante dicha Ley el Derecho interno se adaptó correcta e íntegramente a las disposiciones de la mencionada Directiva. [11] El artículo 4 de la Ley 26/1991 concede al consumidor una protección adecuada, estableciendo que éste puede solicitar la anulación del contrato cuando no haya sido informado de su derecho de revocación. Dicho Gobierno afirma que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 4 de la Directiva –es decir, procurar que sus ordenamientos nacionales prevean medidas adecuadas que tiendan a proteger al consumidor– puede cumplirse de varios modos, uno de los cuales es ofrecer al consumidor la posibilidad de solicitar la anulación del contrato. En opinión del Gobierno español, cada Estado miembro es libre de elegir el modo de garantizar la protección de los consumidores en su ordenamiento interno.

26. El Gobierno español aduce que, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [12] se desprende que el juez debe tener la posibilidad de declarar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo cuando se trate de una cuestión de orden público. El mencionado Gobierno remite al respecto a las sentencias Océano Grupo y Salvat Editores y Salvat Editores, [13] Cofidis [14] y Mostaza Claro. [15] Según el Gobierno español, aunque el presente asunto no se refiera a la Directiva 93/13, sino a la Directiva 85/577, también es necesario tener en cuenta la mencionada jurisprudencia al pronunciarse sobre los litigios relativos a esta última Directiva. No obstante, en su opinión, procede determinar si en el presente asunto se plantea una cuestión de orden público.

27. *El Gobierno austriaco* sostiene que el artículo 4 de la Directiva 85/577 debe interpretarse en el sentido de que no exige a los Estados miembros que sus tribunales estén obligados a declarar de oficio la nulidad del contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales cuando dicha nulidad no haya sido alegada por el consumidor en el procedimiento sustanciado ante el juez nacional.

28. El Gobierno austriaco afirma que del artículo 4 de la Directiva no puede deducirse que el contrato sea nulo por el mero hecho de que el comerciante no haya informado al

11 — El Gobierno español afirma asimismo que, a pesar de que la Ley 26/1991 haya sido sustituida por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, todavía estaba vigente en el ordenamiento español en la época en la que se produjeron los hechos.

12 — DO L 95, p. 29.

13 — Sentencia de 27 de junio de 2000 (C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941).

14 — Sentencia de 21 de noviembre de 2002 (C-473/00, Rec. p. I-10875).

15 — Sentencia de 26 de octubre de 2006 (C-168/05, Rec. p. I-10421).

consumidor de su derecho a rescindir el contrato. A diferencia de la Directiva 85/577, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece expresamente que «los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor […] las cláusulas abusivas […]». Por el contrario, el artículo 4 de la Directiva 85/577 establece únicamente que «los Estados miembros procurarán que la legislación nacional prevea medidas adecuadas que tiendan a proteger al consumidor». El Gobierno austriaco sostiene que, según reiterada jurisprudencia, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables. [16]

29. Seguidamente, el Gobierno austriaco subraya que los Estados miembros pueden establecer además otras medidas apropiadas para el caso de que no se haya informado al consumidor de su derecho de revocación, y cita como ejemplo la eventual facultad del consumidor de revocar el contrato sin límite de tiempo; [17] otra eventual medida podría consistir en la obligación de los jueces de informar al consumidor de su derecho de revocación. Por lo tanto, en su opinión, la anulabilidad de oficio del contrato sería sólo una de las posibilidades que se ofrecen a los Estados miembros para proteger a los consumidores en el sentido previsto en el artículo 4 de la Directiva 85/577.

30. Por consiguiente, el Gobierno austriaco estima que el artículo 4 de la Directiva 85/577 no obliga a los Estados miembros a imponer a los tribunales nacionales la obligación de declarar de oficio la nulidad del contrato en caso de que no se haya informado al consumidor de su derecho de revocación.

31. En cambio, la *Comisión* sostiene que procede interpretar la Directiva 85/577 en el sentido de que, cuando el contrato se haya celebrado sin dar cumplimiento a la obligación de informar al consumidor de su derecho de revocación, el juez nacional debe señalar de oficio dicha infracción y declarar la nulidad del contrato, aun cuando el consumidor no la haya alegado. En opinión de la Comisión, la posibilidad que tiene el consumidor de solicitar la anulación del contrato cuando no haya sido informado de su derecho de revocación no constituye una medida adecuada para la protección de los consumidores en el sentido del artículo 4 de la Directiva 85/577. Según la mencionada institución, existe el riesgo de que el consumidor no conozca sus propios derechos y, por ello, no los haga valer.

32. La Comisión subraya que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en virtud del principio de la autonomía procesal de los Estados miembros, ante la inexistencia de una normativa comunitaria específica, la regulación de las modalidades procesales de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho

16 — El Gobierno austriaco remite sobre este punto a las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5, y de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271), apartado 39.

17 — El Gobierno austriaco cita al respecto la sentencia de 13 de diciembre de 2001, Heininger (C-481/99, Rec. p. I-9945).

comunitario confiere a los justiciables está reservada al ordenamiento jurídico interno de cada uno de ellos, siempre que, no obstante, esas modalidades no sean menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). [18] La Comisión afirma asimismo que los jueces nacionales sólo pueden actuar de oficio en casos excepcionales, en aras del interés público. [19]

33. Sin embargo, la Comisión sostiene que el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de declarar, en relación con la Directiva 93/13, que el juez nacional puede examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula en los contratos celebrados por consumidores. [20] Además, el Tribunal de Justicia también ha declarado en relación con la Directiva 87/102/CEE, del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo [21] que el juez nacional tiene la facultad de velar de oficio por que el consumidor pueda ejercitar determinados derechos frente al sujeto que concede el crédito. [22] La Comisión alega que esa jurisprudencia también puede aplicarse, por analogía, a la interpretación de la Directiva 85/577.

34. En la vista la Comisión añadió que otras eventuales medidas –como, por ejemplo, sanciones administrativas, la facultad de revocar el contrato sin límite de tiempo, o la obligación del juez de informar al consumidor de su derecho de revocación– no son adecuadas para proteger a los consumidores. En efecto, si bien las medidas administrativas pueden tener ciertamente un efecto disuasorio, no están destinadas a proteger al consumidor individualmente considerado; la facultad de revocar el contrato sin límite de tiempo no constituye una medida adecuada, ya que sigue existiendo el riesgo de que el consumidor no sepa que tiene ese derecho; por último, la obligación del juez de informar al consumidor de su derecho de revocación está subordinada a la existencia de normas procesales nacionales que contengan una previsión en ese sentido. En último lugar, la Comisión afirma que, dado que en algunos casos el consumidor deseará mantener la vigencia del contrato, debe tener la posibilidad de oponerse a la anulación y de conseguir que en esos casos el contrato siga produciendo efectos vinculantes frente a él.

18 — La Comisión remite al respecto a las sentencias de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel y van Veen (C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705), apartado 17; de 9 de diciembre de 2003, Comisión/Italia (C-129/00, Rec. p. I-14637), apartado 25; de 7 de junio de 2006, Van der Weerd y otros (C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233), apartado 28, y Mostaza Claro (citada en la nota 15), apartado 24.

19 — Sobre ese extremo la Comisión remite a las sentencias Van Schijndel y van Veen (apartado 21) y Van der Weerd y otros (apartado 35), citadas en la nota 18.

20 — En este sentido, la Comisión cita las sentencias Océano Grupo y Salvat Editores (citada en la nota 13), apartado 28, Cofidis (citada en la nota 14), apartado 32, y Mostaza Claro (citada en la nota 15), apartado 27.

21 — DO L 42, p. 48. Observo que esta Directiva fue derogada por la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE (DO L 133, p. 66).

22 — La Comisión remite a este fin a la sentencia de 4 de octubre de 2007, Rampion y Godard (C-429/05; Rec. p. I-8017).

35. En la vista, el *Gobierno checo,* que no presentó observaciones escritas, afirmó que no está de acuerdo con la tesis de la Comisión y que, en su opinión, la Directiva 85/577 no puede interpretarse en el sentido de que el juez nacional tiene la facultad de declarar de oficio la nulidad del contrato negociado fuera de los establecimientos comerciales, cuando no se haya informado al consumidor de su derecho de revocación.

36. El Gobierno checo aduce tres tipos de argumentos en apoyo de su tesis. Como primer argumento afirma que la nulidad de oficio interfiere en el derecho del consumidor a decidir personalmente si mantiene o no en vigor el contrato; en efecto, según el artículo 5 de la Directiva 85/577, únicamente el consumidor tiene derecho a revocar el contrato. Aun cuando no se haya informado al consumidor de su derecho de revocación, ese derecho no se extingue, ya que según el mencionado artículo 5 de la Directiva, el plazo para la revocación sólo comienza a contar cuando se haya informado al consumidor de su derecho. Como segundo argumento, el Gobierno checo sostiene que los Estados miembros tienen una competencia exclusiva en materia procesal civil; sólo existe competencia compartida en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y únicamente cuando se trate de casos que presenten elementos transnacionales. En opinión de este Gobierno, sigue existiendo una duda en cuanto a la posibilidad de recurrir al artículo 94 CE (anteriormente, artículo 100 del Tratado CE) –que constituyó la base jurídica para la adopción de la Directiva 85/577– para adoptar medidas que interfieren con esa competencia exclusiva de los Estados miembros. Al apreciar esta cuestión, debería tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad. Como tercer argumento, el Gobierno checo sostiene que la jurisprudencia relativa a otras directivas en materia de protección de los consumidores, respecto de las cuales el Tribunal de Justicia ya ha reconocido que los jueces nacionales pueden actuar de oficio, no puede aplicarse al caso de autos, ya que aquí se trata de interpretar la Directiva 85/577, que se caracteriza por tener unas disposiciones y una estructura interna sistemática diversas de las directivas respecto de las que el Tribunal de Justicia ha admitido dicha posibilidad de intervención de oficio del juez nacional.

## VI. Análisis de la Abogado General

### A. *Introducción*

37. El presente asunto se refiere a la problemática de la celebración de contratos fuera de los establecimientos comerciales y a la cues-

tión de las consecuencias en caso de que no se haya informado al consumidor de su derecho a revocar un contrato de ese tipo. El Tribunal de Justicia ya ha tratado en varias ocasiones en su jurisprudencia el tema de las consecuencias de esa falta de información, [23] pero hasta hoy no se ha pronunciado sobre la cuestión de si también deben desarrollar un papel activo en ese marco los jueces nacionales, interviniendo de oficio en caso de que no se informe al consumidor. Por lo tanto, para pronunciarse sobre este litigio, el Tribunal de Justicia deberá profundizar en el análisis de los objetivos de la Directiva 85/577 examinando por separado el texto de sus distintas disposiciones.

38. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, esencialmente, si el artículo 153 CE, en relación con los artículos 3 CE y 95 CE, el artículo 38 de la Carta, y las disposiciones de la Directiva 85/577, en particular con el artículo 4 de ésta, debe interpretarse el sentido de que permite al juez nacional declarar de oficio la nulidad de un contrato negociado fuera de los establecimientos comerciales cuando no se haya informado al consumidor de su derecho a rescindir dicho contrato, a pesar de que el consumidor no haya alegado esa nulidad en el ámbito del procedimiento sustanciado ante los tribunales nacionales.

23 — Véanse las sentencias Heininger (citada en la nota 17); de 25 de octubre de 2005, Schulte (C-350/03, Rec. p. I-9215) y Crailsheimer Volksbank (C-229/04, Rec. p. I-9273) y de 10 de abril de 2008, Hamilton (C-412/06, Rec. p. I-2383).

B. *Análisis de la cuestión prejudicial*

1. Consideraciones introductorias sobre la cuestión prejudicial

a) Disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita el órgano jurisdiccional remitente

39. Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita que se interpreten varias disposiciones de Derecho comunitario, en particular el artículo 153 CE en relación con lo dispuesto en los artículos 3 CE y 95 CE, con el artículo 38 de la Carta, así como con las disposiciones de la Directiva 85/577. En el marco de ese complejo de normas, reviste una importancia decisiva a efectos de la resolución del presente litigio la interpretación de las disposiciones de la Directiva 85/577, la cual, como acto normativo de Derecho derivado, condensa los esfuerzos de la Comunidad dirigidos a la protección de los consumidores sancionada por el Derecho primario.

40. El artículo 153 CE, incluido en el título dedicado a la «Protección de los consumidores», contiene en su apartado 1 una disposición de carácter general en virtud de la cual, para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a

proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses. El apartado 2 del mencionado artículo establece que al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones comunitarias se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores. En los apartados 3 y 4 de dicho artículo 153 CE se establecen las medidas que la Comunidad adoptará para alcanzar el objetivo de la protección de los consumidores, y se precisa la base jurídica para su adopción. El apartado 5 del mismo artículo confiere a los Estados miembros la facultad de adoptar medidas más severas para la protección de los consumidores.

41. Por consiguiente, el artículo 153 CE es una disposición de Derecho comunitario primario de carácter general en materia de protección de los consumidores. El artículo 3 CE, apartado 1, contiene una disposición de carácter aún más general sobre la materia, que enumera los diversos sectores de actividad de la Comunidad, entre los cuales, según la letra t) de dicha disposición, también se encuentra, en particular, una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores. Por consiguiente, procede interpretar los artículos de la Directiva 85/577 a la luz de las mencionadas disposiciones generales del Tratado CE.

42. Mediante su cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente solicita asimismo la interpretación de los artículos 95 CE y 38 de la Carta.

43. Sobre la base del artículo 95 CE se adoptan medidas que tienen por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. De la resolución de remisión no se desprende por qué motivo solicita el juez nacional la interpretación de ese artículo, ya que no fue éste, sino el artículo 94 CE (anteriormente, artículo 100 del Tratado CE) el que constituyó la base jurídica para la adopción de la Directiva 85/577. Por lo tanto, en mi opinión no es necesario interpretar el artículo 95 CE en el ámbito del presente asunto.

44. El artículo 38 de la Carta establece que en las políticas de la Unión se garantiza un nivel elevado de protección de los consumidores. En lo que respecta a las disposiciones de la Carta, querría señalar que éstas no forman parte del ordenamiento comunitario, de modo que el Tribunal de Justicia no es competente para interpretarlas. [24] No obstante, es cierto que a menudo los Abogados Generales hacen referencia a dicho documento en las argumentaciones de sus conclusiones [25] y que el Tribunal de Justicia también ha citado la Carta en su jurisprudencia. [26] Por lo tanto, en el presente asunto las disposiciones de la Carta pueden emplearse como ayuda para la interpretación de la Directiva 85/577, pero no podrán tenerse en cuenta para responder a la cuestión prejudicial planteada.

24 — Véanse, en este sentido, los autos de 6 de octubre de 2005, Vajnai (C-328/04, Rec. p. I-8577), apartado 13 y de 16 de enero de 2008, Polier (C-361/07), apartado 11.

25 — Véanse, por ejemplo, las conclusiones presentadas por el Abogado General Poiares Maduro el 9 de septiembre de 2008 en el asunto Elgafaji (sentencia de 17 de febrero de 2009, C-465/07, Rec. p. I-921) puntos 21 y 23; mis propias conclusiones presentadas el 11 de septiembre de 2008 en el asunto Gorostiaga Atxalandabaso/Parlamento (sentencia de 19 de febrero de 2009, C-308/07 P, Rec. p. I-1059) puntos 56, 91 y 92; las conclusiones presentadas por el Abogado General Mengozzi el 21 de enero de 2009 en el asunto Mono Car Styling (C-12/08, pendiente ante este Tribunal), puntos 49, 83, 95 y 97; y las presentadas por la Abogado General Kokott el 22 de enero de 2009 en el asunto Mellor (sentencia de 30 de abril de 2009, C-75/08, Rec. p. I-3799), puntos 24, 25 y 33.

26 — Véase la sentencia Unibet (citada en la nota 16), apartado 37.

45. La interpretación de las disposiciones de la Directiva 85/577 tiene una importancia decisiva para resolver este extremo. Es cierto que en su cuestión el órgano jurisdiccional remitente sólo menciona expresamente el artículo 4 de dicha Directiva; sin embargo, según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia debe proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle resolver el asunto que le ha sido sometido, aun cuando el órgano jurisdiccional nacional no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones. [27] Al interpretar la Directiva 85/577 procede tener en cuenta, en particular, además del artículo 4, el artículo 5, que también se refiere al derecho del consumidor a rescindir el contrato.

b) Problemas planteados por la cuestión prejudicial

46. Antes de empezar a examinar la cuestión prejudicial, desearía llamar la atención sobre la complejidad de los problemas jurídicos que ésta plantea y que se emplean como hilo conductor en el análisis de dicha cuestión.

47. En primer lugar, de las indicaciones proporcionadas por el tribunal nacional en la resolución de remisión resulta que éste parte de la premisa de que la legislación española, con arreglo a la cual corresponde al consumidor solicitar la anulación, no es conforme con el Derecho comunitario y, en particular, con las disposiciones de la Directiva 85/577 y del Tratado CE sobre la protección de los consumidores. Por este motivo, en el análisis de la cuestión prejudicial será necesario determinar si este presupuesto lógico del que parte el órgano jurisdiccional remitente es correcto o si en cambio la normativa española aplicable garantiza medidas adecuadas en caso de que no se haya informado al consumidor de su derecho a revocar el contrato.

48. En segundo lugar, debe tenerse presente que la cuestión prejudicial versa sobre la declaración de oficio de la nulidad del contrato por el hecho de que el Derecho español sanciona la falta de información al consumidor con una nulidad de carácter relativo; el órgano jurisdiccional remitente, considerando que esa nulidad relativa no constituye una medida adecuada para la protección de los consumidores, pretende garantizar ésta mediante la aplicación de la institución de la nulidad absoluta. Por lo tanto, dicho órgano jurisdiccional no pregunta si puede aplicar de oficio las disposiciones de la Directiva 85/577, sino si puede aplicar de oficio las disposiciones del Derecho español mediante las cuales se adaptó el Derecho interno a la mencionada Directiva. Efectivamente, ninguna disposición de la Directiva 85/577 establece la nulidad del contrato negociado fuera de los establecimientos comerciales en caso de que el consumidor no haya sido informado de su derecho a revocar éste. Del mismo modo, la Directiva en cuestión no establece ninguna otra consecuencia en caso de que no se informe al consumidor sobre ese derecho de revocación; más bien, el artículo 4, párrafo tercero, de dicha Directiva, establece únicamente que los Estados miembros han de

27 — Véanse, por ejemplo las sentencias de 12 de diciembre de 1990, SARPP (C-241/89, Rec. p. I-4695) apartado 8; de 4 de marzo de 1999, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Rec. p. I-1301), apartado 16; de 7 de septiembre de 2004, Trojani (C-456/02, Rec. p. I-7573), apartado 38; de 12 de mayo de 2005, RAL (Channel Islands) y otros (C-452/03, Rec. p. I-3947) apartado 25 y de 22 de diciembre de 2008, Kabel Deutschland Vertrieb und Service (C-336/07, Rec. I-10889), apartado 47.

procurar que su legislación nacional prevea medidas adecuadas para proteger a los consumidores en caso de falta de información. Por consiguiente, los Estados miembros son libres de elegir qué consecuencias se desencadenarán si no se informa al consumidor de su derecho de revocación, mientras que la Directiva exige únicamente que las medidas en cuestión sean adecuadas para la protección de los consumidores. [28] Por este motivo, al decidir sobre la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia deberá tratar de no imponer a los demás Estados miembros que establezcan en sus ordenamientos nacionales la nulidad del contrato como consecuencia de la falta de información al consumidor sobre su derecho de revocación.

examinaré el contenido de la jurisprudencia mediante la cual el Tribunal de Justicia ha reconocido una excepción a dicha regla, comprobando además di dicha jurisprudencia puede aplicarse al caso de autos; y concluiré examinando en último lugar si el órgano jurisdiccional remitente tiene en el presente asunto la facultad o la obligación de actuar de oficio.

2. ¿Es posible calificar la nulidad relativa del contrato como medida adecuada en el sentido del artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva 85/577?

49. En el resto de las presentes conclusiones analizaré sobre todo la cuestión de si la nulidad relativa del contrato prevista por el Derecho español constituye una medida adecuada en el sentido del artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva 85/577; por consiguiente, pasaré a ilustrar la regla general sancionada por el Derecho comunitario respecto de la posibilidad de señalar de oficio determinadas cuestiones; seguidamente

50. La legislación española establece que el contrato podrá anularse a petición del consumidor cuando se haya celebrado sin informar al consumidor de su derecho de revocación; por lo tanto, el Derecho español emplea la institución de la nulidad relativa.

28 — En este sentido se expresa asimismo el documento de la Comisión Europea *Discussion paper on the Review of Directive 85/577/EEC to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises (Doorstep Selling Directive),* que puede consultarse en la página de Internet http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/door_sell/doorstepselling_discussionpaper.pdf, p. 9. En cuanto a la doctrina, véase también Ehricke, U., «L'extension au contrat d'acquisition du bien immobilier des effets juridiques de la révocation d'un contrat de crédit immobilier en application de la directive 85/577/CEE sur le démarchage à domicile. Réflexions sur les limites des principes d'interprétation conforme et d'effet utile des directives», *Revue Européenne de Droit Bancaire et Financier (EUIREDIA),* nº 1/2004, p. 163, quien subraya que la Directiva 85/577 confiere a los Estados miembros una amplia discrecionalidad respecto de la adaptación del Derecho nacional a sus disposiciones.

51. En lo que atañe al empleo del término «nulidad», desde el punto de vista teórico y terminológico desearía hacer constar que España se encuentra entre los Estados miembros que distinguen entre «nulidad absoluta»

y «nulidad relativa» (al igual que, por ejemplo, Bélgica [29] y Francia [30] ), a diferencia de los Estados miembros que distinguen entre «nulidad» y «anulabilidad» de los contratos (como, por ejemplo, Austria, [31] Alemania, [32] los Países Bajos [33] y Eslovenia [34] ), Según el Derecho español, la nulidad absoluta se produce cuando, por ejemplo, falta uno de los requisitos para la celebración del contrato o cuando éste sea contrario a normas imperativas o a principios morales, [35] mientras que la nulidad relativa se produce, por ejemplo, si existen vicios del consentimiento en el momento de la celebración del contrato. [36] La nulidad absoluta puede señalarse de oficio por el juez y puede ser invocada por cualquier interesado, mientras que la nulidad relativa debe alegarse por la parte en cuyo interés se reconozca. [37] La distinción entre nulidad y anulabilidad implica ciertamente una diferencia desde el punto de vista terminológico, pero presenta analogías a nivel conceptual; [38] en ese ámbito, cualquiera puede invocar la nulidad y los tribunales están obligados a señalarla de oficio; en cambio, cuando existan causas de anulabilidad, éstas sólo pueden ser invocadas por la parte interesada. [39] Observo, además, que la nulidad y la anulabilidad de los contratos también están reguladas por el documento del grupo de expertos Draft Common Frame of Reference (DCFR) [40] (Proyecto de un marco común de referencia). En el artículo II.-7:301, dicho documento establece que el contrato es nulo cuando: a) vulnere un principio reconocido como fundamental en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea,

29 — Véase, por ejemplo, Van Gerven, W., *Verbintenissenrecht,* 2ª ed., Acco, Lovaina 2006, pp. 146 y ss., que precisa que el Derecho belga distingue entre nulidad absoluta y relativa.

30 — Véase, por ejemplo, Flour, J., Aubert, J.-L., y Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique,* 12ª ed., Sirey, París 2006, p. 259, apartado 324.

31 — Según el Derecho austriaco, la anulabilidad se prevé para el caso de que el contrato esté viciado por dolo o violencia; véase Rummel, P., en Rummel, P., *Kommentar zum Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch,* Manz, Viena 2000, comentario al artículo 870, p. 1321, apartado 1. En cambio, con arreglo al artículo 879 del Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, la nulidad se establece cuando el contrato infrinja una prohibición sancionada por la Ley o sea contraria a las buenas costumbres. Ha de precisarse, no obstante que la doctrina austriaca distingue ulteriormente, en materia de nulidad, entre nulidad absoluta, que puede ser alegada por cualquiera y que puede ser declarada de oficio por los jueces, y nulidad relativa, que únicamente puede ser alegada por el sujeto en cuyo interés se reconoce. En este sentido, véase Krejci, H., en Rummel, P., *op. cit.,* comentario al artículo 879, p. 1447, apartados 247 a 249.

32 — Véase, por ejemplo, Larenz, K., y Wolf, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs,* 9ª ed., Beck, Munich 2004, p. 796, apartados 4 y ss. (sobre la nulidad), y p. 800, apartados 21 y ss. (sobre la anulabilidad).

33 — Véase, por ejemplo, Hijma, J., *Bijzondere overeenkomsten,* 1ª parte, 7ª ed., Kluwer, Deventer 2007, p. 224, apartado 218; Hartkamp, A. S., *Verbintenissenrecht*, 2ª parte, 12ª ed., Kluwer, Deventer 2005, p. 484, apartado 459.

34 — Véase, por ejemplo Polajnar Pavčnik, A., en Juhart, M., y Plavšak, N. (editor), *Obligacijski zakonik s komentarjem,* Primer volumen, GV založba, Ljubljana 2003, comentario al artículo 86, pp. 506 y ss. (sobre la nulidad), y comentario al artículo 94, pp. 524 y ss. (sobre la anulabilidad).

35 — Véase Moreno Gil, Ó., *Código civil y jurisprudencia concordada,* Boletín Oficial del Estado, Madrid 2006, p. 1430, comentario al artículo 1.300, apartados 4.399 y 4.407. En lo que respecta al Derecho francés, véase, por ejemplo, Flour, J. y otros, *op. cit.* en la nota 30, p. 259, apartado 325; sobre el Derecho belga, véase, por ejemplo, Cornelis, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Intersentia, Antwerpen/Groningen 2000, p. 676, apartado 539.

36 — Véase Moreno Gil, Ó., *op. cit.* en la nota 35, p. 1430, comentario al artículo 1.300, apartado 4.399. En cuanto al Derecho francés, Flour, J. y otros, *op. cit.* en la nota 30, p. 260, apartado 325, y p. 262, apartado 328; sobre el Derecho belga, véase Van Germen, W., *op. cit.,* en la nota 29, p. 147.

37 — Véase Moreno Gil, Ó., *op. cit.* en la nota 35, p. 1430, comentario al artículo 1.300, apartados 4.399 y 4.407. En lo que respecta al Derecho francés, Flour, J. y otros, *op. cit.* en la nota 30, p. 260, apartado 326; sobre el Derecho belga, Van Gerven, W., *op. cit.,* en la nota 29, p. 147.

38 — Véase, en lo que respecta el Derecho alemán, por ejemplo, Larenz, K., y Wolf, M., *op. cit.* en la nota 32, p. 796, apartado 2, donde se citan como ejemplos de causas de nulidad la violación de una forma establecida y la inobservancia de las prohibiciones establecidas por ley o de las buenas costumbres, mientras que entre las causas de anulabilidad se mencionan el error y el dolo. En lo que atañe al Derecho holandés, Hartkamp, A. S., *op. cit.,* en la nota 33, pp. 484 y ss., apartados 459 y 460; en Derecho esloveno, Polajnar Pavčnik, A., *op. cit.* en la nota 34; sobre la nulidad, véase el comentario al artículo 86 (pp. 506 y ss), sobre la anulabilidad, el comentario a los artículos 524 y ss.

39 — Sobre el Derecho alemán, véase, por ejemplo, Larenz, K. Wolf, M., *op. cit.* en la nota 32, p. 797, apartado 5; sobre el Derecho holandés, Hartkamp, A. S., *op. cit.* en la nota 33, p. 485; sobre la denuncia de oficio de la nulidad, véase el apartado 459, sobre la acción de anulación, véase el apartado 460; sobre el Derecho esloveno, véase Polajnar Pavčnik, A., *op. cit.* en la nota 34; sobre la denuncia de oficio de la nulidad, véase el comentario al artículo 92 (pp. 50 y ss.); sobre la acción de anulación, véase el comentario al artículo 95 (pp. 527 y ss.).

40 — Von Bar, C. y otros (editor), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group),* Sellier, European Law Publishers, München 2008.

y b) la sanción de la nulidad sea necesaria para garantizar la efectividad de dicho principio. [41] En cambio, el DCFR prevé la anulabilidad del contrato, por ejemplo, en caso de error, [42] dolo, [43] o violencia [44] que invaliden la celebración del contrato.

52. Para determinar si la normativa española, que establece la nulidad relativa del contrato si no se informa al consumidor de su derecho de revocación, constituye una medida adecuada en el sentido del artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva 85/577, debemos examinar ante todo las características particulares de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y la importancia del derecho del consumidor a rescindir dichos contratos.

53. Como se desprende del cuarto considerando de la Directiva 85/577, normalmente la iniciativa de las negociaciones procede del comerciante, y el consumidor se encuentra ante ella en una situación caracterizada por un elemento de sorpresa, de modo que no está preparado para la celebración del contrato. [45] Por consiguiente, debe concederse al consumidor una protección especial, ya que no tiene la posibilidad de comparar con otras ofertas la calidad y el precio que se le proponen. [46]

54. Debido a las particulares características de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, el consumidor debe disponer de un período de reflexión tras la celebración del contrato, de un *spatium deliberandi,* [47] durante el cual pueda tener oportunidad de evaluar las obligaciones que comporta el contrato, así como la facultad de

41 — El texto original del artículo II.-7:301 (Contracts infringing fundamental principles) es el siguiente: «A contract is void to the extent that: (a) it infringes a principle recognised as fundamental in the laws of the Member States of the European Union; and (b) nullity is required to give effect to that principle.»

42 — Véase, por ejemplo, el apartado 1 del artículo II.-7:201 (Mistake), cuya versión original establece: «A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and (b) the other party; (i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake; (iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or (iv) made the same mistake».

43 — Véase, por ejemplo, el apartado 1 del artículo II.-7:205 (Fraud), cuya versión original determina: «A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose».

44 — Véase, por ejemplo, el apartado 1 del artículo II.-7:206 (Coercion or threats), cuya versión original establece: «A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by coercion or by the threat of an imminent and serious harm which it is wrongful to inflict, or wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract».

45 — Por ejemplo, en la sentencia de 25 de octubre de 2005, Crailsheimer Volksbank (C-229/04, Rec. p. I-9273), apartado 43, el Tribunal de Justicia subrayó que el objetivo de la Directiva 85/577 es proteger al consumidor frente al elemento de sorpresa inherente a la venta a domicilio. El elemento de sorpresa también ha sido destacado por Martín Briceño, M. del R., *La Directiva 85/577, de 20 de diciembre, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, La armonización legislativa de la Unión Europea,* Dykinson, Madrid 1999, p. 162.

46 — Véase, por ejemplo, Martín Briceño, M. del R., *op. cit.* en la nota 45, p. 162; Habersack, M., «The Doorstep Selling Directive and Mortgage Loan Contracts», *European Business Law Review,* nº 6/2000, p. 394.

47 — Esta expresión relativa al período de reflexión es empleada por Manes, P., «Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577», *Contratto e impresa. Europa,* nº 2/1996, p. 696.

renunciar al contrato en un plazo mínimo de siete días, prevista en el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 85/577. [48] Con arreglo al artículo 5, apartado 2, de la Directiva, si el consumidor decide rescindir el contrato, queda liberado de toda obligación que resulte del contrato rescindido. El mencionado derecho del consumidor es de tal importancia que no puede renunciar a él. [49]

55. Para garantizar al consumidor la posibilidad de ejercitar ese importante derecho, es esencial que éste reciba información adecuada por escrito. Efectivamente, puede que el comerciante aproveche en su favor el hecho de poder convencer al consumidor de celebrar el contrato –eventualmente en medio de la ola de momentáneo entusiasmo por parte de éste o debido a la imposibilidad de comparar esa oferta con otras– y no le informe de su derecho a rescindir el contrato. Puede ocurrir que, una vez «desvanecido el entusiasmo», [50] el consumidor se arrepienta de su decisión pero, al ignorar que tiene la facultad de rescindir el contrato, acepte el hecho de quedar vinculado por el acuerdo estipulado.

56. Por lo tanto, a efectos de la protección del consumidor en el ámbito de los contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales no sólo es importante que el consumidor tenga derecho a rescindir el contrato, sino también que conozca sus derechos y que se le informe de ellos. [51] Como ya destacó el Tribunal de Justicia en la sentencia Heininger, el consumidor no puede ejercer un derecho de revocación si desconoce su existencia. [52] Cuando no se le haya proporcionado información sobre el derecho de revocación, el consumidor no podrá ejecutar consiguientemente todos los derechos vinculados a éste, como, por ejemplo, solicitar la determinación de la nulidad del contrato celebrado sin contar con dicha información, salvo en caso de que se garantice que se le ha informado válidamente de esos derechos (vinculados al derecho de revocación).

57. Por tanto, en mi opinión, la normativa española, que establece que el consumidor puede solicitar la anulación del contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales cuando no se le haya informado

48 — En la doctrina, véase, por ejemplo Habersack, M., *op. cit.* en la nota 46, p. 394. Mankowski, P., «Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte», *Juristenzeitung*, p. 23/2008, p. 1143, quien subraya que el derecho de revocación es en realidad el único instrumento que proporciona la Directiva 85/577 para la protección del consumidor y que cualquier limitación del mencionado derecho comporta necesariamente un menoscabo de dicha protección.

49 — Véase el artículo 6 de la Directiva 85/577, según el cual el consumidor no puede renunciar a los derechos que le sean conferidos en virtud de dicha Directiva.

50 — El período de reflexión posterior a la celebración del contrato se denomina a menudo «*cooling off period*» (literalmente: «período de enfriamiento»). Véanse, por ejemplo, el Libro verde sobre la revisión del acervo relativo a los consumidores (presentado por la Comisión Europea), COM(2006) 744 final., p. 10 de la versión inglesa, así como el documento de debate de la Comisión Europea, citado en la nota 28, p. 10.

51 — Añado que de ese modo la Directiva 85/577 impone al comerciante una responsabilidad particular, ya que el ejercicio de los derechos del consumidor depende de la información que éste le proporcione. Al respecto, véanse las conclusiones presentadas por el Abogado General Léger el 12 de julio de 2001 en el asunto Heininger, citado en la nota 17, punto 60.

52 — Véase la sentencia Heininger (citada en la nota 17), apartado 45. Véase asimismo la sentencia Hamilton (citada en la nota 23), apartado 33, y las conclusiones presentadas por el Abogado General Léger en el asunto Heininger (citadas en la nota 51), punto 60. En la doctrina, véase, por ejemplo Rudisch, B., Das «"Heininger" -Urteil des EuGH vom 13. 12. 2001, Rs C-481/99: Meilenstein oder Stolperstein für den Verbraucherschutz bei Realkrediten?», en: Eccher, B., Nemeth, K., Tangl, A. (editor), *Verbraucherschutz in Europa. Festgabe für em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinrich Mayrhofer,* Verlag Österreich, Viena, 2002, p. 202.

de su derecho a rescindir el contrato, no es una medida adecuada en el sentido del artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva 85/577, salvo cuando existan garantías de que se ha informado válidamente al consumidor de los derechos que le confiere el ordenamiento nacional en esas circunstancias.

58. Por consiguiente, debemos determinar a continuación si el juez nacional debe actuar de oficio cuando no se haya informado al consumidor de su derecho a revocar el contrato.

3. Regla general: inexistencia de una obligación general de apreciación de oficio en el Derecho comunitario

59. Ha de subrayarse que, según el Derecho comunitario, no existe una obligación general por parte de los jueces nacionales de tener en cuenta de oficio los derechos conferidos a los individuos por el ordenamiento comunitario. Conforme a una jurisprudencia consolidada, a falta de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades procesales de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento comunitario confiere a los justiciables, en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). [53] Cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional imposibilita o dificulta excesivamente el ejercicio de los derechos que atribuye a los particulares el ordenamiento jurídico comunitario debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las distintas instancias nacionales. Desde esta perspectiva procede tomar en consideración, en su caso, los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la protección del derecho de defensa, el principio de seguridad jurídica y el buen desarrollo del procedimiento. [54]

60. De la jurisprudencia se desprende asimismo que el principio de efectividad no impone a los órganos jurisdiccionales nacionales la obligación de examinar de oficio un motivo basado en una disposición comunitaria –con independencia de la importancia de ésta para el ordenamiento jurídico comunitario–, siempre y cuando las partes tengan una oportunidad efectiva de formular un motivo

53 — Véanse, en este sentido, las sentencias Peterbroeck (citada en la nota 10), apartado 12; Van Schijndel y van Veen (citada en la nota 18), apartado 17; de 16 de mayo de 2000, Presdon y otros (C-78/98, Rec. p. I-3201), apartado 31; Comisión/Italia (citada en la nota 18), apartado 25; Van der Weerd y otros (citada en la nota 18), apartado 28, y Mostaza Claro (citada en la nota 15), apartado 24.

54 — Véanse las sentencias Peterbroeck (citada en la nota 10), apartado 14; van Schijndel y van Veen (citada en la nota 18), apartado 19, y Van der Weerd (citada en la nota 18), apartado 33.

basado en el Derecho comunitario ante un órgano jurisdiccional nacional. [55] Esto está justificado por el principio según el cual la iniciativa en un proceso corresponde a las partes y, en consecuencia, el juez sólo puede actuar de oficio en casos excepcionales en los que el interés público exige su intervención. [56]

61. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha elaborado en su jurisprudencia una excepción al mencionado principio general en relación con algunas Directivas en materia de protección de los consumidores –primero en relación con la Directiva 93/13 y posteriormente también con la Directiva 87/102– admitiendo que el juez nacional puede plantear de oficio esas cuestiones en aras de dicha protección y de las finalidades de esas Directivas. [57]

62. Por este motivo, examinaré a continuación el contenido de la jurisprudencia relativa a las Directivas 93/13 y 87/102, para comprobar posteriormente si ésta es aplicable por analogía a la Directiva 85/577.

4. Excepción a la regla general: jurisprudencia relativa a las Directivas 93/13 y 87/102

a) Jurisprudencia relativa a la Directiva 93/13

63. En lo que respecta a la Directiva 93/13, han de destacarse las sentencias Océano Grupo y Salvat Editores, [58] Cofidis [59] y Mostaza Claro. [60]

64. En la sentencia Océano Grupo y Salvat Editores el Tribunal de Justicia señaló que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. [61] El Tribunal de Justicia señaló que el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva 93/13 –que obliga

55 — Véase la sentencia Van der Weerd y otros (citada en la nota 18), apartado 41; en este sentido, véase también la sentencia Van Schijndel y van Veen (citada en la nota 18), apartado 22. En la doctrina, véase, por ejemplo Lenaerts, K., Arts, D., y Maselis, I., *Procedural Law of the European Union,* 2ª ed., Sweet & Maxwell, Londres 2006, p. 104, apartado 3-035; Simon, D., «Modalités du relevé d'office», *Europe – Revue mensuelle LexisNexis JurisClasseur,* august-september 2007, p. 12; Jans, J. H., y Marseille, A. T., «Joined Cases C-222–225/05, Van der Weerd and others v. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 7 June 2007, [2007] ECR I-4233», *Common Market Law Review,* nº 3/2008, pp. 858 y 859.

56 — Véanse las sentencias Van Schijndel y van Veen (citada en la nota 18), apartado 21, y Van der Weerd (citada en la nota 18), apartado 35.

57 — Señalo que el Tribunal de Justicia también ha admitido una excepción al mencionado principio general en otros casos, como, por ejemplo, en la sentencia Peterbroeck (citada en la nota 10), en la que declaró que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una norma procesal nacional que prohíba al órgano jurisdiccional nacional apreciar de oficio la compatibilidad de una medida de Derecho nacional con una disposición comunitaria cuando esta última no haya sido invocada por el particular dentro de un plazo determinado. Lo mismo vale para la aplicación de disposiciones en el sector del Derecho comunitario de la competencia; véanse las sentencias de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Rec. p. I-3055), apartado 40, y de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619), apartado 31.

58 — Citada en la nota 13.

59 — Citada en la nota 14.

60 — Citada en la nota 15.

61 — Citada en la nota 13, apartado 25.

a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores–, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas. [62] El Tribunal de Justicia subrayó que existe un riesgo no desdeñable de que, debido, entre otras cosas, a la ignorancia, el consumidor no invoque el carácter abusivo de la cláusula que se esgrime en su contra; por lo tanto, según él, sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula. [63]

65. En la sentencia Océano Grupo y Salvat Editores, el Tribunal de Justicia puso de manifiesto, asimismo, que la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva –impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva–, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, [64] ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores. [65]

66. Por consiguiente, en la mencionada sentencia Océano Grupo y Salvat Editores, el Tribunal de Justicia declaró que la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores implica que *el juez nacional pueda apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato.* [66]

67. De modo semejante, en la sentencia Cofidis el Tribunal de Justicia subrayó que esta facultad reconocida al juez de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula del contrato se ha considerado necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos. [67] El Tribunal de Justicia declaró en dicha sentencia que la Directiva 93/13 se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato. [68]

68. Los principios expuestos fueron confirmados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Mostaza Claro, en la que declaró que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que implica que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral

62 — *Ibidem* (apartado 26).

63 — *Ibidem* (apartado 26). Como reiteró posteriormente el Tribunal de Justicia en las sentencias Cofidis (citada en la nota 14), apartado 33, y Mostaza Claro (citada en la nota 15), apartado 28.

64 — El artículo 7 de la Directiva 93/13 establece en su apartado 1 que los Estados miembros «velarán por que […] existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», y en su apartado 2, que dichos medios «incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, […], tienen carácter abusivo […]». Por lo tanto, la finalidad del artículo 7 es permitir que también se garantice la protección de los consumidores a través de sujetos que no son parte en el contrato.

65 — Véase la sentencia Océano Grupo y Salvat Editores (citada en la nota 13), apartado 28. El Tribunal de Justicia ha corroborado esta afirmación en las sentencias Cofidis (citada en la nota 14), apartado 32, y Mostaza Claro (citada en la nota 15), apartado 27.

66 — Citada en la nota 13, punto 1 del fallo.

67 — Citada en la nota 14, apartado 33.

68 — *Ibidem,* citada en la nota 14, apartado 38, y fallo de la sentencia.

y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación. [69]

b) Jurisprudencia relativa a la Directiva 87/102

69. Como señala la Comisión, el Tribunal de Justicia ya ha aplicado la jurisprudencia elaborada en las sentencias Océano Grupo y Salvat Editores, Cofidis y Mostaza Claro a otra Directiva en materia de protección de los consumidores, la Directiva 87/102. En el asunto Rampion y Godard, [70] el Tribunal de Justicia estimó que la Directiva 87/102 debe interpretarse en el sentido de que *permite al órgano jurisdiccional nacional aplicar de oficio las disposiciones que adaptan el Derecho interno a su artículo 11, apartado 2.* [71] Esta disposición de la Directiva 87/102 establece que, si se cumplen determinados requisitos, [72] el consumidor tendrá derecho a dirigirse contra el prestamista y que los Estados miembros establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercer dicho derecho.

70. En la motivación de la sentencia Rampion y Godard, el Tribunal de Justicia aclaró que la Directiva 87/102 tiene una doble finalidad que es, en concreto, garantizar, por una parte, la creación de un mercado común del crédito al consumo y, por otra, proteger a los consumidores que contraigan los citados créditos. [73] La finalidad del artículo 11, apartado 2, de la mencionada Directiva, es atribuir al consumidor respecto del prestamista derechos adicionales en relación con los que normalmente tendría contra él y contra el proveedor de los bienes o servicios. [74] El Tribunal de Justicia ha declarado que este objetivo no podría alcanzarse efectivamente si pesara sobre el consumidor la carga de invocar por sí mismo el derecho a dirigirse contra el prestamista, en particular, debido al riesgo no despreciable de que el consumidor ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos. [75]

5. Aplicación al presente asunto de la jurisprudencia relativa a las Directivas 93/13 y 87/102

71. En mi opinión, la jurisprudencia citada anteriormente puede aplicarse al presente asunto, pero ha de garantizarse que los principios que enuncia se apliquen con las adaptaciones oportunas y de modo coherente con la finalidad y las disposiciones específicas de la Directiva 85/577.

69 — Citada en la nota 15, apartado 39, y fallo.
70 — Citado en la nota 22.
71 — *Ibidem* (apartado 69 y fallo).
72 — El artículo 11, apartado 2, de la Directiva 87/102 establece los siguientes requisitos: «Siempre que: a) para comprar bienes y obtener servicios, el consumidor concierte un contrato de crédito con una persona distinta del proveedor de dichos bienes o servicios; y b) entre el prestamista y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo en virtud del cual exclusivamente dicho prestamista podrá conceder crédito a los clientes de dicho proveedor para la adquisición de bienes o servicios suministrados por este último; y c) el consumidor a que se refiere la letra a) obtenga el crédito en aplicación del acuerdo previo mencionado; y d) los bienes o servicios objeto del contrato de crédito no sean suministrados o lo sean parcialmente, o no sean conformes al contrato de suministro; y e) el consumidor haya reclamado contra el proveedor pero no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho».
73 — Citada en la nota 22, apartado 59.
74 — *Ibidem* (apartado 64).
75 — *Ibidem* (apartado 65).

72. Ante todo, sin duda puede trasladarse al presente asunto la *ratio* que inspiró dicha jurisprudencia, es decir, los motivos que llevaron al Tribunal de Justicia a pronunciarse en esos términos en las mencionadas sentencias. La jurisprudencia de las sentencias Océano Grupo y Salvat Editores, Cofidis, Mostaza Claro y Rampion y Godard parte del presupuesto de que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad respecto al comerciante [76] y de que existe el riesgo de que el consumidor ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos. [77] Asimismo, el sistema establecido por la Directiva 85/577 se basa en el hecho de que, en el ámbito del contrato, el consumidor es la parte más débil y, por consiguiente, debe garantizársele una protección especial, como se desprende en particular de la exigencia de que se le informe por escrito de su derecho de revocación –presumiéndose, por lo tanto, que ignora ese derecho cuando no haya sido informado al respecto– así como de la obligación de los Estados miembros de prever medidas adecuadas en caso de que no se proporcione dicha información. [78] Por consiguiente, el objetivo de un alto nivel de protección de los consumidores es idéntico tanto en el caso de las Directivas 93/13 o 87/102 como en el de la Directiva 85/577. [79] Todas estas normas parten del presupuesto de la existencia del riesgo de que el consumidor ignore sus derechos. Esta situación de desequilibrio entre el consumidor y el comerciante sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. [80]

73. Además, al trasladar la mencionada jurisprudencia debe distinguirse claramente entre lo que el juez nacional *determina* de oficio y la *consecuencia* de dicha determinación. El punto esencial de la jurisprudencia relativa a la Directiva 93/13 es que prevé que el juez nacional determina de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, y no la posibilidad de que declare que dicha cláusula no vincula al consumidor; esto es sólo una consecuencia de la determinación del carácter abusivo de la cláusula. [81] También según la Directiva 87/102 el juez nacional aplica de oficio las disposiciones mediante las cuales se

76 — La posición de inferioridad del consumidor respecto del comerciante se señala, por ejemplo, en las sentencias Océano Grupo y Salvat Editores (citada en la nota 13), apartado 25, y Mostaza Claro (citada en la nota 15), apartado 26.

77 — Véanse las sentencias Océano Grupo y Salvat Editores (citada en la nota 13), apartado 26; Cofidis (citada en la nota 14), apartado 33, Mostaza Claro (citada en la nota 15), apartado 28, y Rampion y Godard (citada en la nota 22), apartado 65.

78 — El Tribunal de Justicia ha subrayado que el objetivo principal de la Directiva 85/577 es proteger al consumidor contra el riesgo que se deriva de las circunstancias que rodean la celebración de un contrato fuera de los establecimientos comerciales y que la protección del consumidor se logra mediante el reconocimiento de un derecho de revocación; Véanse las sentencias Heininger (citada en la nota 17), apartado 38; Schulte (citada en la nota 23), apartado 66. Véase, asimismo, la sentencia Hamilton (citada en la nota 23), apartado 32.

79 — Señalo que la exigencia de un alto nivel de protección de los consumidores aparece expresada asimismo en el artículo 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (citado en la nota 5), que establece que las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores.

80 — Véanse, por analogía, las sentencias Océano Grupo y Salvat Editores (citada en la nota 13), apartado 27, y Mostaza Claro (citada en la nota 15), apartado 26.

81 — Desearía señalar que las consecuencias que, con arreglo a la Directiva 93/13, derivan de la introducción de una cláusula abusiva en el contrato son diferentes de las previstas en la Directiva 85/577 en caso de que no se informe al consumidor de su derecho de revocación del contrato. El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 impone expresamente a los Estados miembros que establezcan que «*no vincularán al consumidor* […] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional […]» (el subrayado es mío). Por el contrario, el párrafo tercero del artículo 4 de la Directiva 85/577 establece únicamente que «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» (cursiva añadida). La diferencia entre ambos órdenes de consecuencias reside también en el hecho de que en la Directiva 93/13 es el Derecho comunitario el que establece la sanción por la cláusula abusiva, mientras que en caso de que no se informe al consumidor de su derecho de revocación los efectos son regulados por el Derecho nacional.

adaptó el ordenamiento interno al artículo 11, apartado 2, de ésta; sin embargo, las consecuencias se establecen en normas nacionales y pueden variar de un Estado miembro a otro. Por analogía con la distinción entre la determinación de oficio y la consecuencia de dicha determinación, parece razonable que en el marco de la Directiva 85/577 el juez nacional determine de oficio *si el consumidor ha sido informado de su derecho de revocación del contrato*.

74. Es evidente que en este punto se plantea la cuestión de las consecuencias de que se declare una eventual falta de información. El órgano jurisdiccional remitente sostiene que en ese caso la nulidad absoluta del contrato constituye una medida adecuada para la protección de los consumidores, como medida más severa que la nulidad relativa prevista por el Derecho español. Sin embargo, se plantea la cuestión de si la nulidad absoluta, como consecuencia de la falta de información al consumidor, constituye una medida que responde a la finalidad de la Directiva 85/577; por consiguiente, procede determinar –de modo análogo a como se ha hecho en relación con la nulidad relativa– si la nulidad absoluta del contrato declarada de oficio por el juez nacional constituye una medida adecuada para la protección de los consumidores en el sentido del artículo 4, párrafo tercero, de la mencionada Directiva.

75. En lo que respecta al carácter adecuado de la nulidad absoluta, querría establecer, ante todo, un paralelismo entre el derecho del consumidor a revocar el contrato y su derecho a decidir sobre la validez del contrato celebrado sin contar con dicha información. Debemos tener en cuenta el hecho de que el ejercicio del derecho de revocación del contrato negociado fuera de los establecimientos comerciales está sometido a la voluntad del consumidor. El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 85/577 establece que: «el consumidor *tendrá el derecho* [82] de renunciar a los efectos de su compromiso […]». Por consiguiente, la esencia de esta disposición consiste en el hecho de que es el propio consumidor quien decide si revocar o no el contrato. Del artículo 5, apartado 2, de dicha Directiva se desprende que el consumidor sólo queda liberado de todas las obligaciones derivadas del contrato rescindido si envía a la otra parte una notificación de revocación. Por lo tanto, para que el consumidor ya no esté vinculado por el contrato, es necesario que tome una decisión seguida de un comportamiento consistente en el envío a la otra parte de una notificación de revocación.

76. Al igual que debe tener la posibilidad de ejercitar por sí mismo su derecho de revocación, el consumidor debe también poder decidir personalmente si mantiene en vigor o no el contrato que celebró careciendo de dicha información. En efecto, puede que quiera confirmar la validez de dicho contrato a pesar de no haber sido informado de su derecho de revocación. En el presente asunto, si se declara la nulidad del contrato, con

82 — El subrayado es mío. Véanse también las otras versiones lingüísticas de esta parte de la disposición: en francés («le consommateur a le droit»), en inglés («the consumer shall have the right»), en alemán («der Verbraucher besitzt das Recht») y en italiano («il consumatore ha il diritto»).

arreglo al Derecho español y al principio *quod nullum est, nullum producit effectum,* [83] esencialmente, el consumidor tendrá que devolver al comerciante la mercancía recibida, pero tendrá a su vez derecho al reembolso del precio ya pagado. [84] No obstante, puede que ello no se traduzca en un beneficio para el consumidor; al contrario, puede ocurrir que la nulidad de semejante contrato le perjudique enteramente. [85] Por lo tanto, puede que al tratar de proteger excesivamente al consumidor se le provoque un daño, como ilustra perfectamente el adagio latino *summum ius summa iniuria*.

77. Además, es importante tener presente que, al aceptar la hipótesis de la nulidad absoluta, daremos otro paso fuera de los límites trazados por la jurisprudencia sobre la Directiva 93/13. En efecto, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 permite que «el contrato siga siendo obligatorio para las partes […] si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Por lo tanto, en el contexto de la Directiva 93/13, el juez nacional únicamente comprueba de oficio si determinadas cláusulas del contrato tienen carácter abusivo, pero éste sigue siendo válido si puede subsistir sin las cláusulas declaradas abusivas. Sin embargo, en el presente asunto el órgano jurisdiccional remitente pretende declarar la nulidad de todo el contrato, de modo que en ese caso las consecuencias para éste serían más graves que las derivadas de la Directiva 93/13.

78. Por ello considero que la nulidad absoluta del contrato, declarada de oficio por el juez nacional en caso de que no se haya informado al consumidor de su derecho de revocación, no constituye una medida apropiada para proteger a los consumidores en el sentido del artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva 85/577.

79. Por lo tanto, al definir las consecuencias derivadas de la declaración del juez nacional sobre la falta de información al consumidor

83 — Dicho principio implica que el contrato nulo no produce efectos jurídicos; así se afirma, por ejemplo, en lo que respecta al Derecho español, en Díez Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de derecho civil,* Vol. II, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 109. Desde el punto de vista comparativo, señalo que el mencionado principio también se reconoce en el ordenamiento de otros Estados miembros; véase, por ejemplo, en relación con el Derecho francés, Flour, J., y otros, *op. cit.* en la nota 30, p. 297, apartado 361; en Derecho esloveno, Polajnar Pavčnik, A., *op. cit.* en la nota 34, comentario al artículo 86, p. 507.

84 — Véase el artículo 1.303 del Código civil español. En Derecho español, sobre la obligación de restitución de la mercancía recibida en virtud de un contrato nulo, véase Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *op. cit.* en la nota 83, p. 111. La misma regulación está prevista en los ordenamientos jurídicos de otros Estados miembros; véase, por ejemplo, en relación con el Derecho alemán, Larenz, K., y Wolf, M., *op. cit.* en la nota 32, p. 797, apartado 8, que afirman que, en caso de nulidad del contrato, ha de restablecerse la situación que existiría de no haberse celebrado nunca el contrato nulo; en Derecho francés, véase Flour, J., y otros, *op. cit.* en la nota 30, p. 298, apartado 362; en lo que atañe a la normativa eslovena, véase Polajnar Pavčnik, A., *op. cit*. en la nota 34, comentario al artículo 87, pp. 513 y ss.

85 — Imaginemos el caso de una venta a domicilio en la que el consumidor compre una enciclopedia en preventa, a un precio inferior, fijado para los primeros adquirentes. El consumidor paga el precio, pero el comerciante no entrega la mercancía en el plazo previsto, de modo que dicho consumidor lo demanda. El juez comprueba que no se ha informado al consumidor de su derecho a revocar el contrato, declarando la consiguiente nulidad de éste. El comerciante devuelve al consumidor el precio pagado, pero éste, deseando no obstante comprar la enciclopedia, la encarga nuevamente, aunque a un precio más elevado, puesto que ya no es posible adquirirla al precio inferior fijado para la preventa.

sobre su derecho de revocación, es necesario buscar, a través de una interpretación teleológica, una alternativa que coadyuve con mayor eficacia a la consecución del objetivo de la Directiva 85/577.

80. En mi opinión, la finalidad perseguida por la Directiva 85/577 puede alcanzarse de modo más efectivo si se determina que cuando el juez nacional compruebe de oficio que no se ha informado al consumidor del derecho de revocación que le corresponde, *ponga en conocimiento de éste los derechos que el ordenamiento nacional le concede en esas circunstancias.* De ese modo, por un lado, se garantiza una protección adecuada del consumidor y, por otro, se permite a éste decidir personalmente, en virtud del principio de autonomía en el ámbito del Derecho privado, [86] si mantiene la validez del contrato en caso de que no se le haya informado sobre su derecho de revocación.

81. Asimismo, mediante la solución que determina que el juez nacional informe al consumidor de los derechos que le confiere el ordenamiento nacional se respeta el derecho de los Estados miembros –garantizado por el artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva 85/577, a elegir de modo independiente las medidas adecuadas en caso de que no se informe al consumidor sobre su derecho a revocar el contrato. Si se permitiera al juez nacional declarar de oficio la nulidad del contrato celebrado sin contar con dicha información, se privaría a los Estados miembros del margen de discrecionalidad que les concede la Directiva en relación con las consecuencias de los contratos que adolecen de ese vicio. Efectivamente, el análisis comparativo demuestra que, al adaptar el Derecho interno al artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva 85/577, los Estados miembros han optado de hecho por medidas de naturaleza muy diferente entre sí para el caso de que no se informe al consumidor sobre su derecho de revocación. Estas diversas soluciones pueden subdividirse brevemente en dos grupos; a título ilustrativo –dejando de lado la cuestión de si las medidas nacionales de actuación han adaptado correctamente el Derecho interno a las disposiciones de la Directiva 85/577– mencionaré seguidamente la soluciones adoptadas por algunos Estados miembros.

82. En el primer grupo se encuentran los Estados cuyos ordenamientos jurídicos establecen la nulidad del contrato como consecuencia de la falta de información al consu-

86 — Véase, por ejemplo, Basedow, J., «Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit», *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/I,* Beck, Munich, 2009, p. 86, que subraya que la libertad contractual es la expresión más importante de la autonomía en el Derecho privado. En relación con la autonomía en el Derecho privado, véase, con carácter comparativo, en la doctrina alemana, Larenz, K., y Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,* 9ª ed., Beck, Munich, 2004, p. 2, apartado 2; en la doctrina austriaca Koziol, H., y Welser, R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts. Band I: Allgemeiner Teil – Sachenrecht – Familienrecht,* 11ª ed., Manzsche Verlags- u. Universitätsbuchhandlung, Viena, 2000, p. 84; en la doctrina española, Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de Derecho civil,* Vol. I, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, pp. 369 y ss., especialmente p. 375; en la doctrina francesa, Aubert, J.-L., y Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique,* 12ª ed., Sirey, París, 2006, p. 72, apartados 99 y ss.

midor (por ejemplo, Bélgica, [87] Luxemburgo, [88] los Países Bajos, [89] España [90] ) o bien la ineficacia del mismo frente al consumidor (por ejemplo, Finlandia), [91] o que establecen la imposibilidad de solicitar a éste el cumplimiento del contrato (por ejemplo, Irlanda [92] y el Reino Unido [93] ). En el segundo grupo están comprendidos los Estados en los cuales, como consecuencia de la falta de información al consumidor, se amplía el plazo previsto para revocar el contrato [94] (por ejemplo, Austria, [95] la República Checa, [96] Italia, [97] Alemania [98] y Eslovenia [99] ). Recuérdese asimismo que algunos Estados prevén una sanción pecuniaria (como Bélgica [100] e Italia [101] ) aparte de las sanciones principales por la falta de información –por ejemplo, la nulidad del contrato o la ampliación del plazo de revocación. Obsérvese que, desde una perspectiva *de lege ferenda,* quizá resuelva esta cuestión de modo uniforme la Directiva sobre los dere-

87 — En lo que respecta a Bélgica, véase el artículo 88, párrafo tercero, de la Loi du 14/7/1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, que establece que la consecuencia de la falta de información al consumidor es la nulidad del contrato. Obsérvese que la Ley no precisa si se trata de nulidad relativa o absoluta y entre los jueces belgas tampoco hay unanimidad al respecto; véase, por ejemplo, la sentencia del Hof van Beroep te Antwerpen de 31 de octubre de 2005 (Rechtskundig Weekblad 2007-08, n. 22, 26.1.2008), en la que dicho órgano jurisdiccional afirma que se trata de nulidad absoluta, así como la sentencia del Hof van Beroep te Gent de 21 de febrero de 2007 (Jaarboek Handelspraktijken & Mededinging 2007, p. 369), en la cual el órgano jurisdiccional se pronuncia a favor de la nulidad relativa.

88 — En lo que respecta a Luxemburgo, véase el artículo 10, párrafo cuarto, de la Loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandises et la sollicitation de commandes, que establece la nulidad del contrato y la posibilidad del consumidor invoque dicha nulidad cuando no haya sido informado de su derecho de revocación.

89 — Véase el artículo 24, apartado 1, de la Colportagewet holandesa, que determina que la falta de información al consumidor conlleva la nulidad del contrato. A la luz de la subdivisión general entre «nulidad» y «anulabilidad» en Derecho holandés, en este caso se trata de una nulidad que puede ser declarada de oficio por el juez; véase Hartkamp, A. S., *Verbintenissenrecht*, 2ª parte, 12ª ed., Kluwer, Deventer, 2005, p. 484, apartado 459.

90 — Como se indica en el punto 13 de las presentes conclusiones, del artículo 4 de la *Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles,* resulta que el contrato celebrado o la oferta presentada sin cumplir la obligación de informar al consumidor de su derecho de revocación pueden anularse a petición de éste.

91 — En lo que atañe a Finlandia, véase el capítulo 6, artículo 20, de la Kuluttajansuojalaki 38/1978, que establece que el contrato no vincula al consumidor, pero que éste está obligado a alegar dicha ineficacia.

92 — Respecto a Irlanda, véase el artículo 4, apartado 1, letra b), de las European Communities (Cancellation of Contracts negotiated away from business premises) Regulations, 1989, que determina además que no puede exigirse al consumidor que cumpla el contrato *(«the contract shall not be enforceable»)* cuando no se le haya informado de su derecho de revocación.

93 — En el Reino Unido se aplica el artículo 7, apartado 6, de las Cancellation of Contracts made in a Consumer's Home or Place of Work etc. Regulations 2008, que establece que no puede exigirse al consumidor el cumplimiento del contrato *(«the contract shall not be enforceable»)* cuando no se le haya informado de su derecho de revocación.

94 — En este momento no examinaré la cuestión de si las normas nacionales que fijan un límite temporal a ese plazo más largo son conformes con lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Heininger (citada en la nota 17).

95 — Véase el artículo 3, apartado 1, de la Konsumentenschutzgesetz austriaca, según el cual el plazo para la revocación del contrato comienza a correr cuando se informa al consumidor de su derecho de revocación.

96 — En Derecho checo, véase el artículo 57, apartado 3, de la Občiansky zákonník – Zákon č. 40/1964, según el cual, cuando no se haya informado al consumidor de su derecho de revocación, éste puede revocar el contrato en el plazo de un año a partir de la fecha de su celebración.

97 — En lo que atañe a Italia, véase el artículo 65, párrafo tercero, del Codice del consumo, en virtud del cual, cuando no se haya informado al consumidor de su derecho de revocación, se amplía 60 días el plazo para el ejercicio de éste y, para los contratos de venta de bienes, dicho plazo empieza a contar desde el día en que el consumidor reciba éstos y, para los contratos de prestación de servicios, desde el día de la celebración del contrato.

98 — Véase el artículo 355, apartado 3, del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) alemán, según el cual el derecho del consumidor a revocar el contrato no se extingue en caso de que no se le haya informado debidamente sobre tal derecho.

99 — Véase el artículo 43č, apartado 4, de la Zakon o varstvu potrošnikov eslovena, según el cual, en caso de que no se informe al consumidor, el plazo para revocar el contrato es de tres meses. El artículo 43č regula en realidad la revocación de los contratos celebrados a distancia, pero, en virtud del artículo 46c, apartado 4, de la misma Ley, se aplica *mutatis mutandis* a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.

100 — En Bélgica, el artículo 102, punto 7 de la Loi du 14/7/1991, sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, fija una sanción pecuniaria si no se proporciona dicha información.

101 — El artículo 62 del Codice del consumo italiano establece una sanción administrativa pecuniaria.

chos de los consumidores, la cual actualmente todavía se encuentra en fase de propuesta [102] y establece que si no se informa al consumidor sobre su derecho a revocar el contrato, el período de revocación finaliza tres meses después de que el comerciante haya cumplido plenamente sus demás obligaciones contractuales. [103]

83. Queda por comprobar si las disposiciones de la Directiva 85/577 son normas de orden público. En la sentencia Mostaza Claro, [104] el Tribunal de Justicia calificó implícitamente las disposiciones de la Directiva 93/13 de idóneas para formar parte del orden público, [105] poniendo de relieve al respecto, de modo señalado, el hecho de que el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva tiene carácter de norma imperativa. También en lo que respecta a la Directiva 85/577 puede afirmarse que su artículo 4 –que impone al comerciante la obligación de informar por escrito al consumidor de su derecho a revocar el contrato– es una norma imperativa que, debido a la posición de inferioridad de una de las partes del contrato, trata de sustituir el equilibrio formal entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes por un equilibrio efectivo entre éstas. Como subrayó el Tribunal de Justicia en la sentencia Mostaza Claro en relación con la Directiva 93/13, también en lo que atañe a la Directiva 85/577 puede afirmarse que ésta, que tiene por objeto fortalecer la protección de los consumidores, constituye, conforme al artículo 3 CE, apartado 1, letra t), una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta. [106]

84. Si el Tribunal de Justicia no comparte la opinión expuesta en el apartado anterior en lo que respecta al orden público, me permito señalar que, en las sentencias Océano Grupo y Salvat Editores y Cofidis, el Tribunal de Justicia no hizo referencia a dicho orden público para justificar la intervención de oficio de los órganos jurisdiccionales nacionales, sino *únicamente a la protección efectiva del consumidor,* que, debido al riesgo de que éste ignore sus derechos, sólo puede obtenerse reconociendo a los órganos jurisdiccionales nacionales el poder de intervenir de oficio. [107] También en el presente asunto

102 — Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores [COM (2008) 614 final]. Esta Directiva está destinada a sustituir las Directivas 85/577 y 93/13, así como la 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 (DO L 144, p. 19), y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO L 171, p. 47). Véase el artículo 47 de la mencionada Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores [COM(2008) 614 final] y la nota explicativa de dicha propuesta (p. 3).

103 — Véase el artículo 13 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de los consumidores [COM(2008) 614 final].

104 — Citada en la nota 15, apartados 35 a 38.

105 — En este sentido, véase también Jordans, R., «Anmerkung zu EuGH Rs. C-168/05 - Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL», *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht,* nº 1/2007, p. 50; Courbe, P., Brière, C., Dionisi Peyrusse, A., Jault-Seseke, F., y Legros, C., «Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE, 26 octobre 2006», *Petites affiches,* nº 152/2007, p. 14; Poissonnier, G., y Tricoit, J.-P., «La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation», *Petites affiches,* nº 189/2007, p. 15.

106 — Véase la sentencia Mostaza Claro (citada en la nota 15), apartado 37.

107 — Véanse las sentencias Océano Grupo y Salvat Editores (citada en la nota 13), apartado 26, y Cofidis (citada en la nota 14), apartado 33. Así lo subrayó igualmente el Abogado General Mengozzi en sus conclusiones presentadas el 29 de marzo de 2007 en el asunto C-429/05 (citado en la nota 22), punto 61.

procede sin duda garantizar una protección efectiva a los consumidores, de modo que, en mi opinión, dicha exigencia puede bastar para justificar la intervención de oficio del juez nacional, sin necesidad de aceptar los argumentos relativos al orden público.

85. En mi opinión, la solución que prevé que, una vez ha determinado de oficio que no se ha informado al consumidor sobre su derecho de revocación, el juez nacional ponga en conocimiento de éste los derechos que le confiere en esas circunstancias el ordenamiento nacional tampoco es contraria a lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Hamilton. [108] En dicha sentencia –que tenía por objeto la cuestión de si constituye una medida adecuada para la protección de los consumidores una norma con arreglo a la cual el derecho de revocación del consumidor caduca al cabo de un mes del pleno cumplimiento, por ambas partes, de las obligaciones derivadas de un contrato de préstamo a largo plazo– el Tribunal de Justicia subrayó que el término «adecuadas», empleado en el artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva 85/577, muestra que el objetivo de las medidas a las que se refiere no es la protección absoluta de los consumidores, [109] y señaló además que tanto la lógica general como el tenor de distintas disposiciones de esta Directiva señalan que la protección citada está sometida a ciertos límites. [110] No obstante, ha de tenerse presente que esos límites se refieren a las circunstancias fácticas particulares examinadas en el mencionado asunto, en el que las obligaciones derivadas del contrato habían sido cumplidas íntegramente por ambas partes. [111]

86. Sin embargo, de las descripción de los hechos del litigio principal, tal y como se expone en la resolución de remisión, resulta que todavía no se han cumplido íntegramente las obligaciones del contrato. La mercancía adquirida fue entregada al consumidor, que sólo abonó 47,48 euros, una mínima parte del precio de adquisición, que asciende a un total de 1.909 euros. El comerciante incoó frente al consumidor un procedimiento por cumplimiento incompleto de la obligación que le incumbía en virtud del contrato. Por lo tanto, en el presente asunto no se cuestionan los límites a la protección de los consumidores introducidos por el Tribunal de Justicia con la sentencia Hamilton, ya que las obligaciones derivadas del contrato aún no han sido íntegramente satisfechas por ambas partes.

108 — Sentencia Hamilton (citada en la nota 23).

109 — *Ibidem* (apartado 39). También la doctrina pone el acento sobre este extremo; véase, por ejemplo, Mankowski, P., «Die gemeinschaftsrechtliche Kontrolle von Erlöschenstatbeständen für verbraucherschützende Widerrufsrechte», *Juristenzeitung,* nº 23/2008, p. 1143.

110 — *Ibidem* (apartado 40).

111 — La doctrina destaca este aspecto como, por ejemplo, Kroll, K., «Vertragserfüllung als zeitliche Grenze des verbraucherschützenden Widerrufsrechts», *Neue Juristische Wochenschrift,* nº 28/2008, p. 2000. En este sentido, véase también Edelmann, H., «EuGH: Kein grenzenloser Verbraucherschutz», *Betriebs-Berater,* nº 19/2008, p. 970; Raynouard, A., «CJCE, 10 avril 2008, C-412/06, Annelore Hamilton c/Volksbank Filder eG», *Revue de jurisprudence commerciale,* nº 4/2008, p. 305. Me permito añadir que, en la sentencia Hamilton, el Tribunal de Justicia subrayó que la referencia al concepto de «obligaciones que resultan del contrato» del quinto considerando de la Directiva 85/577 indica que el consumidor puede revocar dicho contrato *durante su período de vigencia* (sentencia Hamilton, citada en la nota 23, apartado 41, subrayado añadido), siempre que, por supuesto, no se le haya informado de su derecho de revocación. No obstante, ello no respalda la existencia de límites a la protección del consumidor mientras no se hayan cumplido aún las obligaciones derivadas del contrato.

6. ¿Ha de configurarse el poder de intervención de oficio del juez nacional como una facultad o como una obligación?

87. Aunque el objetivo de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente no es determinar si, con arreglo al artículo 4 de la Directiva 85/577, está *obligado* a actuar de oficio cuando no se haya informado al consumidor de su derecho de revocación o si en cambio dicha norma le *permite* intervenir, es necesario aclarar si en el presente asunto el juez nacional tiene la facultad o bien la obligación de actuar de oficio. Esta cuestión tiene especial relevancia por el hecho de que en el caso de autos la Comisión sostiene la tesis de que, en un asunto como el examinado, los jueces nacionales tienen la obligación de actuar de oficio, [112] mientras que el Gobierno austriaco afirma que no existe dicha obligación. [113]

88. Ante todo, debo señalar que la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente se enmarca en el contexto del ordenamiento jurídico español. En efecto, en un caso como el de autos, el Derecho español no permite al órgano jurisdiccional remitente actuar de oficio, motivo por el cual dicho tribunal pregunta si le estaría permitido intervenir de oficio con arreglo al Derecho comunitario. [114] En realidad, de la formulación de la cuestión prejudicial se desprende claramente que el órgano jurisdiccional remitente trata de encontrar en el Derecho comunitario un fundamento jurídico para intervenir de oficio.

89. Procede señalar, asimismo, a título comparativo, que en la sentencia Océano Grupo y Salvat Editores, [115] el Tribunal de Justicia ha declarado en relación con la Directiva 93/13 que el juez nacional *puede* apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. De modo análogo, en la sentencia Cofidis el Tribunal de Justicia habló de *facultad* [116] del juez nacional de realizar dicha apreciación de oficio. Posteriormente, el

112 — Véase el punto 31 de las presentes conclusiones.

113 — Más concretamente, el Gobierno austriaco sostiene que el artículo 4 de la Directiva 85/577 no exige a los Estados miembros que sus jueces nacionales estén obligados a actuar de oficio. Véase el punto 27 de las presentes conclusiones.

114 — Desde esta perspectiva puede entenderse también la cuestión prejudicial planteada por el juez y la consiguiente respuesta del Tribunal de Justicia en el asunto Océano Grupo y Salvat Editores (citado en la nota 13). Véase, en este sentido, Van Huffel, M., «La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de justice», *Revue européenne de droit de la consommation*, nº 2/2003, p. 94.

115 — Así se desprende de la mayor parte de las versiones lingüísticas del punto 1 del fallo de la sentencia Océano Grupo y Salvat Editores (citada en la nota 13). Véanse, por ejemplo, las versiones francesa («le juge national *puisse* apprécier d'office»), inglesa («the national court *being able* to determine of its own motion»), alemana («das nationale Gericht von Amts wegen prüfen *kann»)*, italiana («il giudice nazionale […] *possa* valutare d'ufficio»), española («el juez nacional *pueda* apreciar de oficio»), portuguesa («o juiz nacional *possa* apreciar oficiosamente») y holandesa («dat de nationale rechter […] ambtshalve *kan* toetsen»).

116 — Véase la sentencia Cofidis (citada en la nota 14), apartados 32, 33 y 35. Algunas versiones lingüísticas de esos apartados de la sentencia emplean dos términos distintos, como las versiones francesa («faculté» y «pouvoir»), italiana («facoltà» y «potere») y portuguesa («faculdade» y «poder»). En cambio, otras utilizan el mismo término; véanse, por ejemplo, las versiones inglesa («power»), alemana («Befugnis»), española («facultad») y holandesa («bevoegdheid»).

Tribunal de Justicia dio un paso más en la sentencia Mostaza Claro, en la que afirmó que el juez nacional *debe* apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. [117]

90. En mi opinión, en el presente asunto el tribunal nacional también está obligado a intervenir de oficio, ya que sólo así puede garantizarse la efectiva protección de los consumidores perseguida por la Directiva 85/577. [118] Si dicha apreciación se dejara a la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales nacionales, no estaría claro sobre la base de qué criterios los jueces intervendrían de oficio en algunos casos y se abstendrían en otros. La obligación de intervención de oficio de los jueces nacionales es asimismo importante por el hecho de que una intervención similar realizada de modo sistemático tendrá un efecto disuasorio, desincentivando a los comerciantes para que no oculten al consumidor la información sobre su derecho a revocar el contrato. [119]

91. Por consiguiente, en mi opinión, los jueces nacionales tienen la obligación, y no sólo la facultad, de comprobar de oficio si se ha informado al consumidor de su derecho a revocar el contrato y, en caso contrario, de poner en su conocimiento los derechos que le confiere el ordenamiento nacional en esas circunstancias.

## C. *Conclusión*

92. A la luz de las consideraciones que preceden, estimo que la cuestión prejudicial planteada debe resolverse declarando que el artículo 153 CE, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra t), y con el artículo 4, párrafo tercero, de la Directiva 85/577, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, no permite al juez nacional declarar de oficio la nulidad del contrato si el consumidor no la ha alegado durante el procedimiento ante dicho juez; sin embargo, el juez nacional debe determinar de oficio si se ha informado al consumidor de su derecho a revocar el contrato y, en caso contrario, poner en su conocimiento los derechos que le confiere el ordenamiento nacional en esas circunstancias.

117 — Al respecto, me permito señalar que en el fallo de la sentencia Mostaza Claro (citada en la nota 15) sólo algunas versiones lingüísticas emplean expresamente una forma imperativa –véanse, por ejemplo, las versiones inglesa *(«must* determine whether the arbitration agreement is void») o eslovena *(«mora* […] presojati ničnost arbitražnega dogovora»)–, mientras que, en el fallo de la citada sentencia, otras usan el modo indicativo –como ocurre con las versiones francesa («apprécie la nullité de la convention d'arbitrage») y alemana («die Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung prüft»). No obstante, la obligación de examinar de oficio se desprende claramente del apartado 38 de dicha sentencia en numerosas versiones lingüísticas: francesa *(«soit tenu* d'apprécier d'office»), inglesa *(«being required* to assess of its own motion»), alemana («von Amts wegen […] prüfen *muss»),* italiana *(«sia tenuto* a valutare d'ufficio»), española *(«deba* apreciar de oficio»), portuguesa *(«deva* apreciar oficiosamente»), eslovena *(«dolžnost* […], da po uradni dolžnosti presoja») y holandesa («ambtshalve *dient* te beoordelen»).

118 — Como destaca Van Huffel en el ámbito de una comparación con la Directiva 93/13, *op. cit.* en la nota 114, p. 97.

119 — *Ibidem* (apartado 77).

## VII. Conclusión

93. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Salamanca declarando lo siguiente:

«El artículo 153 CE, en relación con el artículo 3 CE, apartado 1, letra t), y con el artículo 4, párrafo tercero, 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, debe interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las del litigio principal, no permite al juez nacional declarar de oficio la nulidad del contrato si el consumidor no la ha alegado durante el procedimiento ante dicho juez; sin embargo, el juez nacional debe determinar de oficio si se ha informado al consumidor de su derecho a revocar el contrato y, en caso contrario, poner en su conocimiento los derechos que le confiere el ordenamiento nacional en esas circunstancias.»