

NÚMERO 43

2021

ISSN: 1575-720-X

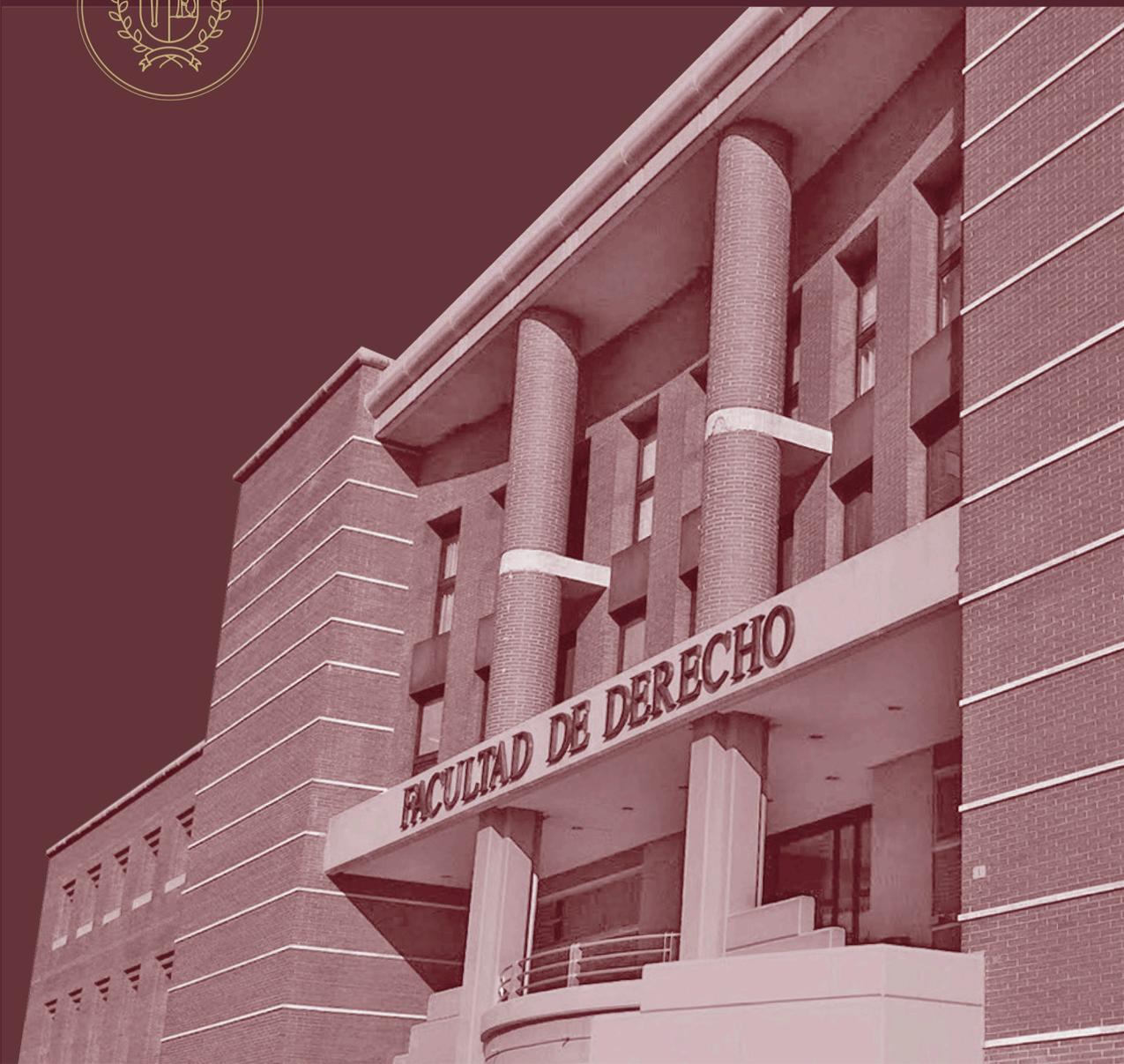
RJUAM

# REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA  
DE MADRID



FACULTAD DE DERECHO





# Revista Jurídica

Universidad Autónoma de Madrid

N.º 43

2021-I

*Director:* D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)

*Subdirectora:* Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM).

*Secretaria académica:* Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)

*Secretaria económica:* D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)

*Responsables de difusión y medios digitales:* Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM) y D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)

*Consejo de redacción:*

- D. Javier Antón Merino (Ciencia política - Universidad de Burgos)
- Dña. Mar Antonino de la Cámara (Derecho constitucional - UAM)
- Dña. Isué Bargas (Derecho civil - Universidad Sergio Arboleda)
- D. Gonzalo Javier Basso (Derecho penal - UAM)
- D. Carlos Cabrera (Derecho financiero y tributario - UAM)
- D. Jorge Castillo Abella (Derecho administrativo - UAM)
- Dña. María Camila Correa Flórez (Derecho penal - Universidad del Rosario).
- D. Fernando De los Santos Menéndez (Filosofía del Derecho - UAM)
- D. Diego Díez Palacios (Derecho romano - UAM).
- Dña. Ester Farnós Amorós (Derecho civil - Universitat Pompeu Fabra)
- Dña. Ángela Pilar Fernández Rodríguez (Derecho procesal - UAM)
- D. David Gallego Arribas (Derecho penal - UAM)
- Dña. María García Casas (Derecho internacional público - UAM)
- D. José Antonio García Sáez (Filosofía del Derecho - Universitat de València)
- Dña. Rut Lopera Viñé (Derecho penal - UAM)
- D. Pedro Luis López Herraiz (Universidad de Salamanca)
- D. Antonio Manuel Luque Reina (Historia del Derecho - UAM)
- Dña. Mariona Llobet Anglí (Derecho penal - Universitat Pompeu Fabra)
- D. Jose María Martín Faba (Derecho civil - UAM)
- Dña. Vanessa Menéndez Montero (Derecho internacional público - UAM).
- D. Aitor Navarro Ibarrola (Derecho financiero y tributario - Universidad Carlos III de Madrid)
- Dña. Marta Pantaleón Prieto (Derecho penal - UAM)
- Dña. Alexia Pato (Derecho internacional privado - Universitat Bonn)
- D. Daniel Pérez Fernández (Ciencia política - UAM)
- D. Ignacio Perotti (Derecho internacional público - UAM)
- D. Leopoldo Puente Rodríguez (Derecho penal - UAM)
- D. Antonio Ismael Ruiz Arranz (Derecho civil - UAM)
- D. Salvador Ruiz Pino (Derecho romano - Universidad Pontificia de Comillas)
- Dña. Laura Sanjurjo (Derecho procesal - UAM)

*Consejo asesor:*

- D. Juan Damián Moreno (Decano de la Facultad de Derecho - UAM)
- Dña. Sussane Gratius (Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales - UAM)
- Dña. Pilar Pérez Álvarez (Directora del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico - UAM)
- Dña. Mercedes Pérez Manzano (Directora del Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica - UAM)
- D. Carlos Espósito Massici (Catedrático de Derecho Internacional Público - UAM)
- D. Antonio Fernández de Buján (Catedrático de Derecho Romano - UAM)
- D. José Luis Guerrero Becar (Profesor de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Presidente de la Asociación Iberoamericana de Facultades y Escuelas de Derecho Sui Iuris)

**Dykinson**

**ISSN: 1575-720-X**

La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid fue creada en 1999 con el fin de fomentar la discusión científica en la comunidad académica de los ámbitos del Derecho y la Ciencia Política y de la Administración. En ella se publican, con una periodicidad semestral, artículos, comentarios de jurisprudencia y reseñas relativos a estas áreas de investigación. La Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid se encuentra indexada en las bases de datos científicas más relevantes. Actualmente, es una de las publicaciones jurídicas y politológicas con vocación generalista de mayor impacto en España.

Asimismo, entre las diversas actividades que lleva a cabo para la difusión y promoción de la investigación, la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid organiza anualmente unas Jornadas sobre temas de actualidad, así como un Premio para Jóvenes Investigadores, con el fin de fomentar el acercamiento de los estudiantes a la investigación científica y a la presentación de ponencias en congresos científicos.

Con el fin de ayudar a un mayor intercambio global de conocimiento, la RJUAM ofrece un acceso libre y abierto a su contenido transcurrido un año a partir de la publicación del número en formato impreso. Puede encontrarse más información sobre la RJUAM en el Portal de Revistas Electrónicas de la Universidad Autónoma de Madrid ([www.revistas.uam.es](http://www.revistas.uam.es)).

Colaboran:



Fundación General  
de la Universidad  
Autónoma de Madrid

The logo for Dykinson, S. L. features the company name in a highly decorative, cursive script font.

Portada: Marta Conde Diéguez  
Logotipo: Marta Conde Diéguez

© RJUAM, Madrid

Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria de Cantoblanco. 28049 Madrid.

**e-mail: [revista.juridica@uam.es](mailto:revista.juridica@uam.es)**

<http://www.uam.es/rjuam>

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid.

Teléfono (+34) 91 544 28 46 – (+34) 91 544 28 69

e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)

<http://www.dykinson.es>      <http://www.dykinson.com>

ISSN: 1575-720-X

Depósito Legal: M-39772-1999

Maquetación: [german.balaguer@gmail.com](mailto:german.balaguer@gmail.com)

La *RJUAM* no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los trabajos publicados.

## Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

Índice n.º 43 (2021-I)

<https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43>.

### ARTÍCULOS

- Ariana GUEVARA GÓMEZ «Diferencias de género en la tolerancia al pago de sobornos: un análisis de mecanismos causales» .....9
- Carlos CASTELLS SOMOZA «El alto precio de no advertir al consumidor de las excepciones al derecho de desistimiento» .....41
- Irene TAPIA HERRERO «Una mirada crítica hacia el derecho de desistimiento en los contratos de consumo y perspectivas de futuro» .....59
- Dolores MORENO ROBLES «Maternidad subrogada en España: un análisis a partir de la práctica registral y jurisprudencial» ..... 79
- Felipe OYARZÚN VARGAS «Aproximaciones doctrinales a la teoría de la pérdida de oportunidad. Análisis y reflexiones del caso español»..... 119
- Joaquín N. CAPRARULO «Federalismo multiétnico en Etiopía y su mecanismo constitucional de secesión: ¿un modelo para España y el caso de Cataluña?»..... 149
- Gemma LLIGADAS GONZÁLEZ «La fragmentación legal internacional como desafío al Estado de Derecho y la coordinación inter-judicial como salvaguarda jurídica»..... 169
- Raquel BORGES BLÁZQUEZ «La construcción de una Europa más igualitaria desde la protección de las víctimas de violencia de género»..... 189

### RECENSIONES

- Jesús MARTÍN MUÑOZ: Recensión de la obra de GARCÍA SEDANO, T. «La detección, identificación y protección de las víctimas de trata de seres humanos», Madrid (BdeF), 2020, 155 pp. ....219
- Gabriel A. GARCÍA BENITO: Recensión de la obra de MARTÍNEZ PÉREZ, F. «Posesión, dominio y registro constitución de la propiedad contemporánea en España (1861-1944)», Madrid (Dykinson), 2020, 286 pp.....223
- Carlos FERNÁNDEZ-ESPINAR MUÑOZ: Recensión de la obra de VELASCO CABALLERO, F., «Administraciones públicas y derechos administrativos», Madrid (Marcial Pons), 2020, 212 pp.....229

**NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ORIGINALES**.....234



# EL ALTO PRECIO DE NO ADVERTIR AL CONSUMIDOR DE LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE DESISTIMIENTO\*

## THE HIGH PRICE OF NOT WARNING THE CONSUMER ABOUT THE EXCEPTIONS TO THE RIGHT OF WITHDRAWAL

CARLOS CASTELLS SOMOZA\*\*

**Resumen:** El empresario debe informar al consumidor, cuando rija alguna excepción a su derecho de desistimiento, de que tal derecho no le asiste; sin embargo, nuestra ley no prevé la sanción civil de incumplir tal deber. En este trabajo analizaremos tres posibles soluciones a esta laguna legal: la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario; la concesión analógica de un derecho de desistimiento; y la ineficacia del contrato.

**Palabras clave:** Derecho de consumo, derecho de desistimiento, información precontractual, incumplimiento, sanciones civiles, nulidad, anulabilidad.

**Abstract:** The trader must inform the consumer, whenever there is an exception to his right of withdrawal, that such right does not assist him; however, our law does not specify the civil consequences of neglecting this obligation. In this paper, we will analyze three possible solutions to this legal gap: State liability for the infringement of Community law; granting the consumer a right of withdrawal analogically; and the inefficacy of the contract.

**Keywords:** Consumer law, right of withdrawal, pre-contractual information, infringement, civil penalties, absolute nullity, relative nullity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL DESISTIMIENTO EN DERECHO DE CONSUMO; 1. Concepto de derecho de desistimiento en los contratos de consumo; 2. Ámbito de aplicación del derecho de desistimiento en los contratos de consumo; II. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN DERECHO DE CONSUMO; 1. Deberes de información precontractual acerca del derecho de desistimiento; III. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR SOBRE LA INEXISTENCIA DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO; 1. Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario; 2. Atribución al consumidor de un derecho de desistimiento por analogía; 3. Ineficacia del contrato; A. Nulidad del contrato; B. Anulabilidad del contrato; IV. CONCLUSIONES; V. BIBLIOGRAFÍA; VI. JURISPRUDENCIA; 1. Tribunal Supremo; 2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

\* <https://doi.org/10.15366/rjuam2021.43.002>

Fecha de recepción: 31 de enero de 2021.

Fecha de aceptación: 23 de febrero de 2021.

\*\* Primer premio en la modalidad de Derecho Privado, Social y Económico del X Premio Jóvenes Investigadores de la Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Estudiante del Doble Máster de Acceso a la Profesión de Abogado e Investigación Jurídica y Becario de Colaboración del Departamento de Derecho Privado, Social y Económico de la UAM. Correo electrónico: c.castells.somoza@gmail.com.

## I. INTRODUCCIÓN: EL DESISTIMIENTO EN DERECHO DE CONSUMO

### 1. Concepto de derecho de desistimiento en los contratos de consumo

El desistimiento se puede definir como la facultad que el ordenamiento reconoce a una de las partes de un contrato nacido válidamente para suprimir la relación contractual resultante del mismo a través de una declaración de voluntad unilateral y discrecional, sin necesidad de alegar causa alguna. Por tanto, como dice Pasquau Liaño<sup>1</sup>, «es una excepción considerable a uno de los más importantes principios del derecho de la contratación: el *pacta sunt servanda*, o fuerza obligatoria de los contratos».

Hoy el ejemplo más paradigmático es el derecho de desistimiento que el legislador reconoce al consumidor en ciertos contratos<sup>2</sup>, regulado de forma general en los arts. 68 y ss. LGDCU y, de forma particular para los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil, en los arts. 102 y ss. LGDCU<sup>3</sup> (estos últimos en transposición de la Directiva 2011/83, de Derechos de los Consumidores –en adelante, DDC–). De estos preceptos extraemos las siguientes notas definitorias:

- 1.º Legalidad: la atribución al consumidor del derecho de desistimiento en los supuestos previstos por el ordenamiento se produce *ex lege*, sin que su reconocimiento contractual contribuya a su nacimiento. Por tanto, «se trata de un derecho de naturaleza imperativa [...], al margen del principio de autonomía de la voluntad»

---

<sup>1</sup> PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al art. 44», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid (Civitas), 1997, 1.ª ed., p. 334.

<sup>2</sup> Conviene advertir que el régimen –o, más correctamente, regímenes– de este derecho de desistimiento propio del Derecho de Consumo presenta importantes diferencias respecto del desistimiento propio del Derecho de Obligaciones y Contratos en general, previsto muy especialmente para los contratos de servicios de tracto sucesivo (art. 1594 CC, según la interpretación de la jurisprudencia). Por esta razón, aquellas propuestas de modernización del Código Civil que tratan de forma sistemática y general el desistimiento (como el art. 526-4 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil) no serán directamente aplicables a aquel ámbito. No obstante, dado el carácter supletorio que la doctrina asigna a esta regulación *de lege ferenda* (MACANÁS VICENTE, G., «Presente y futuro del desistimiento del principal en contratos de servicios. Artículo 526-4 PCC», en *Anuario de Derecho Civil* –en adelante, ADC–, vol. 72, n.º 2, p. 698), si algún día llega a entrar en vigor puede ser útil para orientar la aplicación del desistimiento en Derecho de Consumo.

<sup>3</sup> Esta dispersión normativa (tanto dentro de la LGDCU como fuera de ella) ha sido objeto de duras críticas por un sector de la doctrina, el cual advierte de la inseguridad jurídica que puede generar para el consumidor la ausencia de una regulación uniforme. En este sentido, LLORENTE SAN SEGUNDO, I., «La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, pp. 378 y 389-390.

Más duro aún es Valpuesta Gastaminza, que advierte que, más allá del ordenamiento nacional, la dispersión normativa impuesta por la protección de los consumidores se ha venido erigiendo en obstáculo para la unificación del Derecho de Contratos Europeo (VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de normativa común de compraventa europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 1, pp. 213-216).

(aunque sí se admiten los pactos que mejoren las condiciones de su ejercicio o sus consecuencias), y «de carácter irrenunciable anticipadamente»<sup>4</sup>.

- 2.º Unilateralidad: el derecho de desistimiento se ejerce mediante una simple declaración de voluntad unilateral del consumidor. Esta declaración «es recepticia, porque para que surta sus efectos debe llegar a conocimiento del empresario», pero no se requiere su colaboración (es un «simple receptor de la declaración del consumidor»<sup>5</sup>).
- 3.º Discrecionalidad: el consumidor puede ejercitar la facultad de desistir *ad nutum*, sin alegar causa alguna. Esto implica que la decisión de ejercitarlo es «enteramente subjetiva para su titular y además se juzga irrevocable», es decir, que no se pueden comprobar los fines perseguidos mediante su ejercicio, «de manera que es difícilmente concebible su rechazo por considerarlo abusivo»<sup>6</sup>.
- 4.º Gratuidad: para que el ejercicio del derecho de desistimiento sea verdaderamente discrecional y libre, la ley prevé que debe ser gratuito para el consumidor, sin que se admita penalización de ninguna clase ni implique gasto alguno para él. Ello no es óbice para que el consumidor sea responsable de la pérdida o disminución de valor, así como de otros gastos señalados por la ley (ej.: gastos de devolución, art. 108.1 LGDCU).
- 5.º Temporalidad: la facultad de desistir no tiene carácter indefinido, sino que el consumidor sólo puede ejercitarla dentro del plazo legal, que se entiende que es de caducidad<sup>7</sup>, de modo que no puede ser interrumpido y se aprecia de oficio. Generalmente este plazo es de 14 días naturales, aunque como veremos a veces el legislador lo prolonga.

Dado que, como hemos dicho, el desistimiento es una excepción al carácter vinculante de los contratos, su fundamento «debe ser de una envergadura suficiente para sacrificar los intereses de aquellos contratantes que lo soportan»<sup>8</sup>. Los supuestos tradicionales de desistimiento (depósito, mandato, agencia...) se fundaban en la ruptura de la relación de confianza entre las partes. Sin embargo, en los contratos de consumo su fundamento radica en la necesidad de proteger al consumidor en determinados casos<sup>9</sup>. Así se deduce clara-

<sup>4</sup> MINERO ALEJANDRE, G., «Comentario al art. 68», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, 2.ª ed., pp. 978-979.

<sup>5</sup> MINERO ALEJANDRE, G., «Comentario al art. 68», ob. cit., p. 979.

<sup>6</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., «La contratación con consumidores», en *Tratado de contratos*, vol. 2, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, 3.ª ed., pp. 1858-1859.

<sup>7</sup> ARNAU RAVENTÓS, L., «El plazo para desistir en contratos con consumidores», en *ADC*, vol. 64, n.º 1, p. 168.

<sup>8</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., «La contratación con consumidores», ob. cit., p. 1850.

<sup>9</sup> CORRAL GARCÍA, E., «El ¿desistimiento? unilateral de algunos contratos con consumidores», en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. 1, Almería (U. de Almería), 2001, 1.ª ed., p. 419.

mente del Considerando 37 DDC, que justifica el desistimiento en los contratos a distancia en que «el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato» y necesita poder probarlos e inspeccionarlos antes de decidir, mientras que en los contratos celebrados fuera de establecimiento se fundaría en que «puede haber un elemento sorpresa o presión psicológica» en la actuación del empresario, pues el consumidor se vería asaltado en un lugar en que no esperaba verse compelido a contratar.

## 2. **Ámbito de aplicación del derecho de desistimiento en los contratos de consumo**

Según el art. 68.2 LGDCU, el consumidor tendrá derecho a desistir del contrato en los supuestos previstos legalmente, además de cuando las partes así lo acuerden. Centrándonos en el desistimiento legal, este se reconoce con carácter general para los contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento mercantil (arts. 102 ss. LGDCU); además, a través de normas específicas, se ha venido extendiendo a otros contratos (ej.: crédito al consumo, venta a plazos de bienes muebles).

No obstante, tal facultad de desistimiento debe tener ciertos límites. Como explica Díez-Picazo y Ponce de León<sup>10</sup>, a través del Derecho de Consumo el legislador pretende imponer «una mejor justicia distributiva y un mejor equilibrio», restableciendo así la igualdad de las partes quebrada por la mayor fuerza de negociación que tiene el empresario<sup>11</sup>. Consecuentemente, deben excluirse del ámbito de aplicación del derecho de desistimiento aquellos contratos en que reconocerlo provocaría, no ya un restablecimiento del equilibrio contractual, sino el perjuicio del empresario (Considerandos 47 y ss. DDC). A título de ejemplo, el art. 103 LGDCU (inspirado en el art. 16 DDC) prevé que el consumidor no puede desistir de aquellos contratos que, a pesar de haberse celebrado a distancia o fuera de establecimiento mercantil, se refieran a servicios ejecutados completamente (cuando se hayan comenzado a prestar, con consentimiento del usuario, antes de expirar el plazo de desistimiento), a bienes personalizados o confeccionados según especificaciones del consumidor, a bienes que se deterioren con rapidez, etc.

---

<sup>10</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Contratos de consumo y derecho de contratos», en *ADC*, vol. 59, n.º 1, p. 12.

<sup>11</sup> En una línea similar, Esteve García vincula este derecho con la existencia de una relación asimétrica entre las partes que debe ser reequilibrada, así como con la correcta formación del consentimiento del consumidor (ESTEVE GARCÍA, G., «El derecho de desistimiento en los contratos de servicios con los consumidores», en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid (Dykinson), 2017, 1.ª ed., p. 289), idea esta última que, anticipamos, conecta con las conclusiones de este trabajo.

Asimismo, también puede ser interesante el planteamiento de Bednarz, quien, desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, advierte de las ventajas que el derecho de desistimiento comporta para el empresario, en tanto que refuerza la confianza de los consumidores en el comercio online y puede fomentar el gasto, y para el mercado en su conjunto, pues ayuda a depurar las malas prácticas de algunos empresarios. (BEDNARZ, Z., «Derecho de desistimiento en la contratación electrónica con consumidores: áreas problemáticas y posibilidades de mejora», en *La Ley mercantil*, n.º 42).

## II. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN DERECHO DE CONSUMO

Con el objetivo de garantizar la eficacia de los derechos de los consumidores, tanto el legislador europeo como el nacional imponen al empresario una serie de deberes de información. Se pretende que el consumidor tenga a su disposición de forma duradera toda la información necesaria, redactada además de manera sencilla y clara, para que pueda tener conocimiento efectivo de sus derechos, entendiéndose que este conocimiento es un presupuesto necesario para poderlos ejercitar debidamente<sup>12</sup>.

Para asegurar el cumplimiento de estos deberes de información, sin embargo, es necesario además que se establezca alguna sanción<sup>13</sup> para el caso de incumplimiento. A nivel europeo, «más allá de algunas consecuencias contractuales previstas en [la Directiva 2011/83] [...], el incumplimiento de los deberes de información precontractual o de confirmación del contrato no tiene más consecuencias que constituir el supuesto típico de una infracción de consumo»<sup>14</sup>. En su lugar, el art. 24 DDC encomienda a los Estados Miembros determinar un régimen de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

En el caso de España, no obstante, este deber no se ha cumplido debidamente. A nivel administrativo, el Título IV del Libro Primero del LGDCU reconoce la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, enumerando las infracciones que el empresario puede cometer (incluida la omisión de información precontractual, art. 49.2.b) y sus consecuencias. Sin embargo, a nivel civil no hay una ordenación general, como denuncia Cámara Lapuente<sup>15</sup>: «La nueva regulación introducida por la Ley 3/2014 sigue sin subsanar una notoria carencia legislativa, tantas veces denunciada: el TR-LGDCU sigue sin explicitar ni sistematizar los remedios y sanciones (civiles) derivadas del incumplimiento de los deberes de información precontractual consagrados en sus arts. 60 y 97»<sup>16</sup>. En su lugar, se limita a establecer una serie de referencias dispersas e incompletas, como la integración del

---

<sup>12</sup> Conviene advertir, no obstante, que la eficacia real de tales derechos no se obtiene sólo mediante deberes de información, sino que, como advierte Díaz Alabart, requiere además un ejercicio adicional de pedagogía por parte de las Administraciones Públicas, asociaciones de consumidores y usuarios, etc. (DÍAZ ALABART, S., «Algunas reflexiones sobre el derecho de desistimiento de los consumidores en la Directiva 2011/83», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Cizur Menor (Aranzadi), 2012, 1.ª ed., pp. 327).

<sup>13</sup> Entiéndase el término «sanción» en un sentido amplio y no como «castigo», como se define en el Derecho Penal, en tanto que la finalidad del Derecho Civil no es castigar. A efectos de este trabajo, «sanción» o «sancionar» se refiere más bien a la imposición de ciertas repercusiones legales (a menudo poco apetecibles) a la parte que incumple un determinado deber contractual o precontractual.

<sup>14</sup> MENDOZALOSANA, A. I., «Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de comercio electrónico y la Directiva de servicios», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (en adelante, RCDC), n.º 1, 2012, p. 46.

<sup>15</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», en *RCDC*, n.º 11, 2014, pp. 139-140.

<sup>16</sup> En igual sentido, GARCÍA VICENTE, J. R. y LÓPEZ MAZA, S., «Comentario al art. 60» y «Comentario al art. 65», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, C. Menor (Aranzadi), 2015, 2.ª ed., pp. 823 y 905-906 (respect.).

contenido contrato conforme a la buena fe objetiva (art. 65) o la posibilidad de considerar la omisión como práctica desleal (art. 20.2).

### **1. Deberes de información precontractual acerca del derecho de desistimiento**

Centrándonos en el derecho de desistimiento, que es el que aquí nos ocupa, vemos que los arts. 6 DDC y 60, 69 y 97 LGDCU obligan al empresario a informar al consumidor de: la existencia del derecho de desistimiento, o su inexistencia o pérdida; el plazo y forma de su ejercicio; sus requisitos; sus consecuencias, incluida la obligación del consumidor de abonar al empresario algunos gastos razonables (cuando proceda legalmente); y las modalidades de restitución (en particular, quién asumirá los gastos de devolución). Además, se le exige que aporte toda esta información al consumidor por escrito en el documento contractual, de manera clara, comprensible y precisa, y que le entregue un modelo de formulario de desistimiento. Y, a mayor abundamiento, se prevé que la carga de la prueba de haber cumplido los deberes informativos corresponde al empresario.

Para el caso de incumplimiento de estos deberes de información es cierto que nuestro legislador ha sido más exhaustivo en sus sanciones, aunque sólo sea por imperativo del legislador europeo. En consonancia con el art. 10 DDC, el art. 105 LGDCU prevé que, en caso de que el empresario no informe debidamente al consumidor de que le asiste el derecho a desistir y de sus condiciones, el plazo para ejercitarlo se prolongará por 12 meses a contar desde la expiración del plazo inicial; aunque se verá reducido de nuevo a 14 días naturales si el empresario le informa después de este derecho, a partir de este momento. Y, para el caso de que no le informe de los gastos de devolución en caso de desistimiento, el art. 97.6 LGDCU exime al consumidor de pagarlos.

No obstante, esta regulación sigue sin ser completa y deja una laguna crucial: ¿qué sucede si el empresario no informa al consumidor de que carece de derecho de desistimiento?

### **III. EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR SOBRE LA INEXISTENCIA DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO**

Como hemos visto, incluso cuando el legislador concede al consumidor un derecho de desistimiento para ciertos contratos, puede a su vez establecer excepciones al mismo en casos concretos; y entre los deberes de información del empresario se incluye el de notificar al consumidor esta circunstancia. Este deber tiene especial relevancia pues, como advirtieron García Garnica, Pasquau Liaño, Esteban de la Rosa y Robles Latorre<sup>17</sup> ya en

---

<sup>17</sup> GARCÍA GARNICA, M. C., PASQUAU LIAÑO, M., ESTEBAN DE LA ROSA, F. y ROBLES LATORRE, P., «Propuesta de transposición al derecho español de la directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia», en *Estudios sobre consumo*, n.º 57, 2001, p. 125.

2001, «dentro de poco tiempo el consumidor medio sí sabrá de su existencia [del derecho de desistimiento], y será más importante prevenirle de que no dispone de él (cuando así sea)»<sup>18</sup>. Y, sin embargo, la ley se olvida de explicitar qué sanción merece esta omisión. Ante este lapsus debemos explorar tres soluciones.

## **1. Responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho Comunitario**

La primera posibilidad es entender que, a falta de una norma explícita, el legislador ha querido dejar sin sanción la infracción de este deber de información.

En condiciones normales, se aplicaría entonces el principio de legalidad en su vertiente positiva (todo lo que no está prohibido está permitido) y se entendería que aquel deber de información es puramente simbólico. No obstante, la DDC recoge explícitamente el deber de informar sobre la inexistencia de la facultad de desistir (art. 6.1.k), y exige a los Estados Miembros establecer un sistema de sanciones adecuado para asegurar el cumplimiento de los deberes que la misma impone (art. 24). Partiendo de esta base, nuestro legislador habría incumplido su deber de transposición al dejar tal infracción sin castigo, lo que supondría un incumplimiento del Derecho Comunitario.

Ante este tipo de incumplimientos, el TJUE ha reconocido principalmente dos remedios. El primero es el principio de efecto directo, recogido por primera vez en la STJCE Van Gend en Loos (y extendido a las Directivas desde la STJCE Van Duyn), según el cual las normas europeas pueden desplegar su efecto en el ámbito de los Estados miembros aunque no exista una norma nacional. Para ello, sin embargo, es necesario que la norma comunitaria sea precisa e incondicionada, y en el caso que nos ocupa esto no se cumple: aunque la DDC exige que se regule el deber de informar sobre la ausencia de derecho de desistimiento, no regula su sanción, sino que lo deja al legislador nacional.

El segundo remedio es el principio de responsabilidad pública por infracción comunitaria, declarado en la STJCE Brasserie du Pêcheur. Se trata de un remedio restringido al marco de las relaciones verticales en sentido ascendente: el perjudicado no puede dirigirse contra el empresario, pues los particulares no pueden exigirse el cumplimiento de Directivas no incorporadas (STJCE Marshall), pero sí puede proceder contra el Estado incumplidor, obligado a indemnizarle por la infracción del Derecho Comunitario. No obstante, para ello es preciso, en el caso de transposición defectuosa de Directivas (SSTJCE Francovich y Bonifaci y Wagner Miret):

En primer lugar, que la violación esté suficientemente caracterizada, teniendo en cuenta «todos los elementos que caractericen la situación que se le haya sometido» (STJCE

---

<sup>18</sup> Predicción que la práctica ha venido a confirmar: de acuerdo con el estudio de PostNord «eCommerce in Europe 2016». Disponible en: <<https://www.logistiekprofs.nl/uploads/content/logistiekprofs/file/e-commerce-in-europe-2016.pdf>>. [Consultado el 15/03/2021]. El 85% de la población española asume que, en las compraventas online, generalmente le asiste un derecho de desistimiento.

Traghetti del Mediterraneo). Algunos autores<sup>19</sup> (apoyándose en el Dictamen de la Comisión de 14.06.2017) sostienen que este requisito no debe aplicarse en España por el principio de equivalencia y efectividad, pues nuestro ordenamiento no lo recoge para hacer responsable al Estado por la infracción del Derecho Nacional. No obstante, nuestra jurisprudencia defiende que la ley puede «establecer un régimen jurídico interno en el que la responsabilidad patrimonial del Estado nazca cuando se cumplan o concurren requisitos menos restrictivos» que cuando «los daños o perjuicios [han sido] causados por la vulneración del Derecho de la Unión» (STS 266/2012, de 18 de enero –RJA 2012, 3139–, FJ 4).

En segundo lugar, que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de particulares. Podría parecer que este requisito se cumple, en tanto que la DDC pretendía que se estableciese algún remedio para el consumidor en caso de que el empresario incumpliese su obligación de informar de la inexistencia del derecho de desistimiento. Sin embargo, es necesario que el contenido de estos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva, y en el caso que nos ocupa la DDC no establece qué remedio específico debería tener la omisión.

En tercer y último lugar, se requiere que haya una relación de causalidad directa entre el incumplimiento del Estado y el daño sufrido por el particular, en el sentido de que «el nexo causal no haya sido roto por la interferencia de otra serie causal ajena a la anterior»<sup>20</sup>. Este requisito también se ha interpretado restrictivamente por el TJUE, exigiendo que «el particular se haya comportado diligentemente y haya ejercitado todas las vías jurídicas a su alcance» (o sea, que la acción por incumplimiento es subsidiaria)<sup>21</sup>.

Al faltar al menos el segundo de estos requisitos, esta solución tampoco es viable.

## 2. Atribución al consumidor de un derecho de desistimiento por analogía

La segunda solución que se nos presenta es que, al no informar el empresario al consumidor de que no le asiste el derecho de desistimiento, este derecho surge aun así de manera espontánea. Concretamente, esta atribución extralegal se justificaría por analogía, de modo que sería necesario que hubiera una norma que concediese al consumidor un derecho de

---

<sup>19</sup> IBÁÑEZ GARCÍA, I., «La Comisión Europea advierte a España que debe reformar el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado cuando se incumple el Derecho de la UE», entrada de blog de 9 de febrero de 2018. Disponible en <<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/derecho-union-europea/la-comision-europea-advierte-a-espana-que-debe-reformar-el-regimen-de-responsabilidad-patrimonial-del-estado-cuando-se-incumple-el-derecho-de-la-union-europea-2018-02-09/>>. [Consultado el 15/03/2021].

<sup>20</sup> REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. (actualizado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.), «Capítulo V» en *Tratado de responsabilidad civil*, vol. 1, Cizur Menor (Aranzadi), 2014, 5.ª ed., p. 735.

<sup>21</sup> NICOLÁS LUCAS, M. A., «La incidencia en la práctica española del ppo. de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho Comunitario», *Revista de Administración Pública*, n.º 168, 2005, p. 363.

desistimiento en un supuesto similar a este caso no regulado, apreciándose identidad de razón entre ambos (art. 4.1 CC).

Como señala Peña López<sup>22</sup>, esta es de hecho la solución que rige en el caso del art. 103.1.a LGDCU, que prevé que el consumidor perderá el derecho de desistimiento que le asiste cuando consienta en el comienzo de ejecución del contrato de servicios a pesar de no haber expirado el plazo para desistir<sup>23</sup>; *a sensu contrario*, deduce, «en el supuesto de no haberse cumplido con este deber de información por parte del empresario, el consumidor que ya habrá disfrutado de la totalidad del servicio, conservará su derecho a desistir recibiendo, en caso de ejercitarlo, el importe total del precio del servicio». Desde la Ley 3/2014, además, es la solución que consagra el art. 108.4 LGDCU, de acuerdo con el cual, aunque en los contratos de suministro de contenidos digitales sin soporte material el consumidor pierde la facultad de desistir cuando el suministro comienza a ejecutarse antes de haber expirado el plazo para ejercer el derecho de desistimiento (art. 103.1.m), este renace cuando no hubiera consentido a tal ejecución anticipada o no fuera consciente de que tal consentimiento equivale a la pérdida de aquel derecho.

A favor de esta solución hay que señalar que, si acudimos al Derecho Comparado, vemos que esta es la que parece adoptar implícitamente el BGB alemán para cualquier omisión de información obligatoria sobre el derecho de desistimiento (Sección 356.3, en relación con los arts. 246a y 246b de la Ley de Introducción al BGB); también es la que recoge el Derecho austríaco, según la interpretación del art. 16 FAGG defendida por el Tribunal de Distrito de Graz Oeste (Sentencia de 12 de junio de 2018); y es también la que regía en Derecho belga<sup>24</sup>, si bien la regulación actual (desde la Ley de 21 de diciembre de 2013) ya no lo contempla.

Asimismo, vemos también que es la solución que defendieron como la más justa García Garnica *et al.*<sup>25</sup> en su propuesta de transposición de la DDC. De acuerdo con ellos, la atribución al consumidor de un derecho a desistir cuando no se le informe de que no le asiste, aunque «podiera parecer excesiva a primera vista, parece proporcionada y adecuada

<sup>22</sup> PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al art. 103», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 1542.

<sup>23</sup> Para que se entienda que el consumidor es consciente de tal consecuencia, «debe consentir con una acción positiva (no con una omisión)» (CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», *ob. cit.*, pp. 155–156), que deberá consistir en una «declaración de ciencia del consumidor de conocer que el consentimiento expreso de ejecución inmediata tiene como consecuencia legal la pérdida del derecho de desistimiento». (ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al art. 108», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, 2.<sup>a</sup> ed., p. 1620).

<sup>24</sup> GONZÁLEZ GOZALO, A., *La formación del contrato tras la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada (Comares), 2004, 1.<sup>a</sup> ed., p. 189.

<sup>25</sup> GARCÍA GARNICA, M. C., PASQUAU LIAÑO, M., ESTEBAN DE LA ROSA, F. y ROBLES LATORRE, P., «Propuesta de transposición al derecho español de la directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia», *ob. cit.*, p. 127.

al interés que pretende protegerse, sobre todo si se tiene en cuenta que no será aplicable cuando “por la naturaleza del bien o servicio resulte evidente que no se dispone de ese derecho”. [...] Esta es, por cierto, la manera más racional, proporcionada y adecuada de asegurar el cumplimiento de este importante deber».

No obstante, esta solución encuentra un obstáculo fundamental en el art. 4.2 CC, que excluye la aplicación analógica de las normas penales y de las excepcionales. Según la doctrina<sup>26</sup>, en el caso de las normas penales esto se ha interpretado en el sentido de que, «más allá del campo de las normas del Derecho Penal [...] allí donde encontremos sanciones civiles informadas por el mismo principio de tipicidad, se producirán todas sus consecuencias y, entre ellas, la imposibilidad de aplicación analógica» (en este sentido, STS 872/1989, de 28 de noviembre –RJA 1989, 7915–). Mientras que, en el caso de las normas excepcionales, «cuando un supuesto no esté contemplado en el Derecho excepcional, aunque sea semejante al regulado por éste, se aplicará el principio y no la norma de Derecho excepcional, debido a la fuerza expansiva de los principios [generales de Derecho normal]».

Según Pasquau Liaño<sup>27</sup>, «puede considerarse que, por lo que se refiere al derecho de arrepentimiento, [...] está perdiendo su carácter excepcional y que es susceptible de aplicación analógica». Sin embargo, entendemos que se refiere a preceptos más generales (como el art. 102 LGDCU), y no a casos tan específicos como el art. 108.4 LGDCU. En cualquier caso, es indudable que, como afirma Cámara Lapuente<sup>28</sup>, se trata de una disposición sancionadora de orden civil, por lo que no cabría su aplicación analógica.

### 3. Ineficacia del contrato

La última solución que queda por analizar es que, a causa de la omisión de información, el contrato deba ser ineficaz. En concreto, se trataría de un defecto intrínseco al negocio (pues afecta a su propia formación, al no concurrir los requisitos señalados por el legislador), de modo el contrato sería o nulo o anulable.

#### A. Nulidad del contrato

La nulidad (o nulidad absoluta) se refiere a aquellos negocios que adolecen de defectos tan graves que afectan al orden público, de modo que el ordenamiento no debe reconocerles

---

En el mismo sentido, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Comentario al art. 97», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, 2.ª ed., pp. 1461-1462.

<sup>26</sup> PENA LÓPEZ, J. M., «Comentario al art. 4», en *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Aranzadi), 2013, 4.ª ed., pp. 35-36.

<sup>27</sup> PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al art. 44», ob. cit., p. 332.

<sup>28</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», ob. cit., pp. 154-155.

efecto alguno. En esta categoría se engloban tradicionalmente los contratos que carecen de los requisitos esenciales del art. 1.261 CC; los contrarios a la moral o al orden público (art. 1.255 CC); y los que contravienen normas imperativas o prohibitivas, salvo que se prevea una consecuencia distinta para el caso de incumplimiento (art. 6 CC).

Esto tiene relevancia porque en el Derecho de Consumo, que aquí nos ocupa, «las normas imperativas presentan un mayor vigor y se dan en mayor número que en otros campos», como recoge Díez-Picazo y Ponce de León<sup>29</sup>. Entre estas se circunscribirían las que regulan los deberes de información del empresario, incluido el art. 97.1.1 LGDCU. En este sentido, la doctrina<sup>30</sup> entiende que «la información que habrá que proporcionar antes de la celebración del contrato [...] conforma un mínimo obligatorio para el empresario, de carácter imperativo»; de hecho, matizan otros autores, se trata de una norma internacionalmente imperativa, pues «cumple con los test de imperatividad y de compatibilidad con el Derecho Europeo»<sup>31</sup>. Esta tesis, además, se relacionaría con una intensa línea jurisprudencial que ha venido asociando a ciertos defectos de información precontractual la nulidad del contrato (o de partes del mismo), por ejemplo en el ámbito de las cláusulas suelo (SSTS 241/2013, de 9 de mayo –RJA 2013, 3088–, 267/2017, de 4 de mayo –RJA 2017, 2394– y 36/2018, de 24 de enero –RJA 2018, 182–).

No obstante, como subraya la doctrina más autorizada<sup>32</sup>, a pesar de lo tajante que pretende ser la doctrina tradicional lo cierto es que «no todos los contratos que pueden incluirse en las categorías mencionadas se consideran nulos en la actualidad». Es decir, que la doctrina y la jurisprudencia han venido identificando ciertas excepciones a la regla de la nulidad. En el caso concreto de la nulidad por contravención de normas imperativas, en particular, se ha venido a entender que, «cuando el precepto infringido no establece expresamente la validez o nulidad del acto infractor, [...] el juzgador ha de analizar la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto realizado, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja» (así, la STS 639/1987, de 17 de octubre –RJA 1987, 7293–, FJ 4).

El caso que nos ocupa, creemos, debe incardinarse en esta excepción. En primer lugar, porque la declaración de nulidad del contrato puede ser contraria a la ratio de la norma vulnerada, que como hemos dicho es proteger al consumidor: si el contrato es nulo, es insubsanable, incluso si el consumidor está interesado en su ejecución. En segundo lu-

<sup>29</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Contratos de consumo y derecho de contratos», ob. cit., p. 20.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Comentario al art. 97», ob. cit., p. 1463.

<sup>31</sup> GÓMEZ VALENZUELA, E., «Deberes de información en la contratación electrónica de consumo en la Unión Europea», en *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, n.º 3, 2018, p. 39.

<sup>32</sup> QUICIOS MOLINA, M. S., «La ineficacia contractual» en *Tratado de contratos*, vol. 1, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, 3.ª ed., pp. 1530 y 1548-1549. En la misma línea, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, tomo 1, Madrid (Tecnos), 2012, 10.ª ed., p. 94; o CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de Contratos*, Cizur Menor (Aranzadi), 2017, 2.ª ed., pp. 689 y 722.

gar, porque nuestra jurisprudencia no ha decretado que cualquier omisión de información precontractual conlleve la nulidad del contrato de consumo, debiendo entenderse que sólo es así en aquellos casos en que la omisión es tan grave que afecta a la transparencia de sus cláusulas. Y, en tercer lugar, porque, como sostiene Carrasco Perera<sup>33</sup>, «las normas cuya contravención se regula en el art. 6.3 CC son las que tienen como objeto regular el contenido del intercambio negocial [...] [y no] la que prescribe conductas precontractuales (por ejemplo, deberes de información)». Estas conductas, por el contrario, deberían calificarse «como incumplimiento contractual y, eventualmente, como sanción administrativa», o como causa de anulabilidad, si la situación «alcanza el rango de vicio de consentimiento».

### *B. Anulabilidad del contrato*

La anulabilidad (o nulidad relativa) se refiere a aquellos negocios en que se vulneran intereses concretos y determinados de alguno de los intervinientes, de modo que la ley le concede un mecanismo para dejarlo sin efecto. Aquí se incluirían, ex arts. 1.301 y 1.302 CC: los celebrados por el menor de edad o incapacitado (cuando la ley no lo permita); los celebrados por un cónyuge sin consentimiento del otro, cuando este sea necesario; y los que se ven afectados por algún vicio del consentimiento. Además, un sector importante de la doctrina<sup>34</sup> entiende que también se reconducen aquí otros casos que, «según resulte de la interpretación de la norma en cuestión, se acomoden mejor al régimen de la anulabilidad que al de la nulidad absoluta».

La omisión de información precontractual, que es lo que nos ocupa, se relacionaría con los vicios del consentimiento. Concretamente, enlazaría con aquellos vicios que afectan a la formación del consentimiento, pues el consumidor, a causa de aquella omisión, no tendría los datos necesarios para formar su voluntad adecuadamente. Que sea un caso de dolo o error dependerá, básicamente, de la actuación del empresario: si obró de mala fe, con palabras o maquinaciones insidiosas para engañar al consumidor, será un caso de dolo; si, por el contrario, no escondió la información, incluso si la omitió a sabiendas de que el consumidor la desconocía, será un caso de error.

Para que el error arrastre la anulación del contrato es necesario que sea esencial, es decir, que afecte a la sustancia de la cosa objeto del contrato o a las circunstancias principales que dieron pie a su celebración (art. 1.266 CC); y que sea excusable, o sea, no imputable a la conducta descuidada de quien lo sufre (STS 618/2019, de 19 de noviembre –RJA 2019, 4720–, FJ 2, por los principios de buena fe y autorresponsabilidad). Por otro lado, para que sea anulable por dolo (arts. 1.269 y 1.270 CC) se requiere que este sea grave o esencial (el incidental sólo da lugar a indemnización de daños y perjuicios); y que haya sido empleado por una de las partes, no por ambas (se compensa) ni por un tercero (se reconduce al error).

<sup>33</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, ob. cit., p. 722.

<sup>34</sup> QUICIOS MOLINA, M. S., «La ineficacia contractual», ob. cit., pp. 1579-1580.

Aunque la valoración de estos requisitos es casuística, en abstracto debemos decir que es posible que se cumplan. El derecho de desistimiento es un elemento crucial de aquellos contratos en que el legislador lo impone, calificándolo Pasquau Liaño<sup>35</sup> como «la más importante protección que se concede a los compradores a distancia»; el error o dolo que recaiga sobre su existencia, por tanto, será esencial. Y en cuanto a que sea excusable, ya hemos citado a García Garnica *et al.*<sup>36</sup>, que destacan la importancia de informar al consumidor de cuándo rige alguna excepción a su derecho de desistimiento; además, como dice Carrasco Perera<sup>37</sup>: «básicamente, el error es excusable en tres situaciones. [...] Tercera, cuando la parte no afectada por el error estaba sujeta a un deber legal de suministrar determinada información, no lo hace —o no lo hace de modo adecuado— y es este incumplimiento el que conduce a la otra parte a un error».

Algunos autores, como Peña López<sup>38</sup>, sostienen que cuando el empresario no informe al consumidor de que carece de derecho de desistimiento, la solución principal debe ser la indemnización por incumplimiento contractual. En nuestra opinión, sin embargo, esta debe ser una solución supletoria respecto de la anulabilidad, sólo para aquellos casos en que no se cumplan sus requisitos. A fin de cuentas, la anulabilidad es la sanción que recogía el art. 4 de la Ley 26/1991, de Contratos celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles, para el caso de que no se hubieran cumplido los deberes de documentación; además, una vez descartado el desistimiento (que, como vimos, es la opción preferida por la doctrina), es la mejor solución disponible para preservar el equilibrio contractual. Esto no significa que esta solución esté exenta de problemas: a nivel procesal, por ejemplo, se entiende que la anulabilidad debe ser declarada judicialmente<sup>39</sup>, de modo que el consumidor tendrá que acudir a los tribunales —con el esfuerzo económico y psicológico que ello conlleva— para hacer valer sus derechos, mientras que el desistimiento puede ejercitarse extrajudicialmente. No obstante, a la espera de una reforma legislativa que conceda al consumidor tal facultad, la anulabilidad es la solución más aceptable, obligando al empresario a soportar las consecuencias negativas de su conducta negligente o dolosa al tiempo que se protege al consumidor, quien podrá, según le interese, subsanar el contrato y permitir que despliegue sus efectos o promover su anulación, con la restitución recíproca de las prestaciones.

<sup>35</sup> PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al art. 44», *ob. cit.*, p. 332.

<sup>36</sup> GARCÍA GARNICA, M. C., PASQUAU LIAÑO, M., ESTEBAN DE LA ROSA, F. y ROBLES LATORRE, P., «Propuesta de transposición al derecho español de la directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia», *ob. cit.*, p. 125.

<sup>37</sup> CARRASCO PERERA, Á.: *Derecho de contratos*, *ob. cit.*, p. 291.

<sup>38</sup> PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al art. 103», *ob. cit.*, pp. 1541.

<sup>39</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, *ob. cit.*, p. 100. En contra, QUICIOS MOLINA, M. S., «La ineficacia contractual», *ob. cit.*, p. 1605: «Ya se defiende que el contrato anulable es válido o inválido *ad origine*, lo razonable es exigir el ejercicio judicial de la acción únicamente cuando no hay acuerdo (expreso o tácito) entre las partes del contrato respecto de su nulidad y sus consecuencias (especialmente restitutorias). Aunque si se pacta la anulación, habría más bien una transacción o mutuo disenso».

#### IV. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo era dilucidar qué consecuencias tiene no informar al consumidor de que carece de derecho de desistimiento, en tanto que la ley no contempla una sanción específica.

Como hemos visto, esta omisión por nuestro legislador podría implicar un incumplimiento de la Directiva 2011/83, de Derechos de los Consumidores, que delega en los Estados Miembros la determinación del régimen de sanciones para el incumplimiento de los deberes que la misma impone. Sin embargo, tal infracción no reviste los caracteres necesarios para hacer responsable al Estado; menos aún cuando, a fin de cuentas, nuestro ordenamiento sí contempla una sanción para el caso de incumplimiento de aquel deber de información, aunque no se exprese en la LGDCU sino que se reconduzca a través de los remedios generales.

Tampoco es posible atribuir al consumidor un derecho de desistimiento por analogía, a pesar de que es la solución preferida por la doctrina. Aunque la ley prevé esta posibilidad para ciertas infracciones del deber de informar sobre la inexistencia o pérdida de la facultad de desistir, las disposiciones que lo contemplan tienen carácter excepcional y sancionador, obstando su aplicación analógica.

Finalmente, la nulidad absoluta tampoco parece la solución más oportuna. Aunque la omisión de información por parte del empresario entraña un incumplimiento de una norma imperativa, es muy discutido que esto conlleve necesariamente la nulidad radical del contrato, más aún cuando puede perjudicar al consumidor más que beneficiarle (al ser la nulidad insubsanable).

Por todo ello, la solución más adecuada es la anulabilidad del contrato por error o dolo. Por un lado, porque es la que mejor asiento legal tiene, en tanto que los defectos de información de cierta entidad se reconducen fácilmente a los vicios del consentimiento. Y, por otro lado, porque es la que mejor restablece el equilibrio contractual y protege los intereses del consumidor, permitiéndole optar (según le convenga) por la subsanación del contrato o por su anulación.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al art. 108», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 1602-1622.

ARNAU RAVENTÓS, L., «El plazo para desistir en contratos con consumidores», en *ADC*, vol. 64, n.º 1, pp. 157-196.

- BEDNARZ, Z., «Derecho de desistimiento en la contratación electrónica con consumidores: áreas problemáticas y posibilidades de mejora», en *La Ley mercantil*, n.º 42, 2017.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo», en *RCDC*, n.º 11, 2014, pp. 79-167.
- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, C. Menor (Aranzadi), 2017, 2.ª ed.
- CORRAL GARCÍA, E., «El ¿desistimiento? unilateral de algunos contratos con consumidores», en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. 1, Almería (Editorial de la Universidad de Almería), 2001, 1.ª ed., pp. 417-430.
- DÍAZ ALABART, S., «Algunas reflexiones sobre el derecho de desistimiento de los consumidores en la Directiva 2011/83», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor José González García*, Cizur Menor (Aranzadi), 2012, 1.ª ed., pp. 317-338.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Contratos de consumo y derecho de contratos», en *ADC*, vol. 59, n.º 1, pp. 11-28.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, tomo 1, Madrid (Tecnos), 2012, 10.ª ed.
- ESTEVE GARCÍA, G., «El derecho de desistimiento en los contratos de servicios con los consumidores», en *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Madrid (Dykinson), 2017, 1.ª ed., pp. 287-296.
- GARCÍA GARNICA, M. C., PASQUAU LIAÑO, M., ESTEBAN DE LA ROSA, F. y ROBLES LATORRE, P., «Propuesta de transposición al derecho español de la directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia», en *Estudios sobre consumo*, n.º 57, 2001, pp. 75-94.
- GARCÍA VICENTE, J. R., «La contratación con consumidores», en *Tratado de contratos*, vol. 2, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, 3.ª ed., pp. 1789-1947.
- GARCÍA VICENTE, J. R. y LÓPEZ MAZA, S., «Comentario al art. 60», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, C. Menor (Aranzadi), 2015, 2.ª ed., pp. 820-842.
- GARCÍA VICENTE, J. R. y LÓPEZ MAZA, S., «Comentario al art. 65», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, 2.ª ed., pp. 904-911.

- GÓMEZ VALENZUELA, E., «Deberes de información en la contratación electrónica de consumo en la Unión Europea», en *RJCU*, n.º 3, 2018, pp. 20-41.
- GONZÁLEZ GOZALO, A., *La formación del contrato tras la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Granada (Comares), 2004, 1.ª ed.
- IBÁÑEZ GARCÍA, I., «La Comisión Europea advierte a España que debe reformar el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado cuando se incumple el Derecho de la UE», entrada de 9 de febrero de 2018 en Legaltoday. Disponible en <<https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-internacional/derecho-union-europea/la-comision-europea-advierte-a-espana-que-debe-reformar-el-regimen-de-responsabilidad-patrimonial-del-estado-cuando-se-incumple-el-derecho-de-la-union-europea-2018-02-09/>>.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, I., «La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, pp. 371-397.
- MACANÁS VICENTE, G., «Presente y futuro del desistimiento del principal en contratos de servicios. Artículo 526-4 PCC», en *ADC*, vol. 72, n.º 2, pp. 635-712.
- MENDOZA LOSANA, A. I., «Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de comercio electrónico y la Directiva de servicios», en *RCDC*, n.º 1, 2012, pp. 45-60.
- MINERO ALEJANDRE, G., «Comentario al art. 68», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, 2.ª ed., pp. 975-987.
- NICOLÁS LUCAS, M. A., «La incidencia en la práctica española del principio de responsabilidad patrimonial por incumplimiento del Derecho Comunitario», en *Revista de Administración Pública*, n.º 168, 2005, pp. 351-380.
- PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al art. 44», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, Madrid (Civitas), 1997, 1.ª ed., pp. 332-347.
- PENA LÓPEZ, J. M., «Comentario al art. 4», en *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Aranzadi), 2013, 4.ª ed.
- PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario al art. 103», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, 2.ª ed., pp. 1536-1546.
- QUICIOS MOLINA, S., «La ineficacia contractual», en *Tratado de contratos*, vol. 1, Valencia (Tirant lo Blanch), 2020, 3.ª ed., p. 1523-1782.

REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L. (actualizado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P.): «Capítulo V» en *Tratado de responsabilidad civil*, vol. 1, Cizur Menor (Aranzadi), 2014, 5.ª ed., pp. 719-930.

SÁNCHEZ GÓMEZ, A., «Comentario al art. 97», en *Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor (Aranzadi), 2015, 2.ª ed., pp. 1457-1464.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de normativa común de compra-venta europea (CESL), un paso más hacia la unificación del derecho de contratos en la Unión Europea, lastrado por la protección al consumidor», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 1, pp. 199-216.

## **VI. JURISPRUDENCIA**

### **1. Tribunal Supremo**

STS 639/1987, de 17 de octubre (RJA 1987, 7293).

STS 872/1989, de 28 de noviembre (RJA 1989, 7915).

STS 266/2012, de 18 de enero (RJA 2012, 3139).

STS 241/2013, de 9 de mayo (RJA 2013, 3088).

STS 267/2017, de 4 de mayo (RJA 2017, 2394).

STS 36/2018, de 24 de enero (RJA 2018, 182).

STS 618/2019, de 19 de noviembre (RJA 2019, 4720).

### **2. Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

STJCE de 5 de febrero de 1963, C-26/62 (Van Gend en Loos).

STJCE de 4 de diciembre de 1974, C-41/74 (Van Duyn).

STJCE de 26 de febrero de 1986, C-152/84 (Marshall).

STJCE de 5 de marzo de 1996, C-46/93 y C-48/93 (Brasserie du Pêcheur).

STJCE de 19 de noviembre de 1991, C-6/90 y C-9/90 (Francovich y Bonifaci).

STJCE de 16 de diciembre de 1993, C-334/92 (Wagner Miret).

STJCE de 13 de junio de 2006, C-173/03 (Traghetti del Mediterraneo).