

Consecuencias de la revocación por parte del consumidor de su incorporación a un fondo de inversión inmobiliaria de tipo cerrado que se negoció fuera del establecimiento comercial. Interpretación de los artículos 1, apartado 1, y 5, apartado 2, de la directiva 85/577/CEE. (STJUE 15.4.2010)

La Sentencia del TJUE, de 15 de abril de 2010 (asunto C- 215/08) tiene por objeto la resolución de una petición de decisión prejudicial planteada por el BGH (Tribunal Supremo Alemán) sobre la interpretación de los artículos 1, apartado 1, y 5, apartado 2, de la Directiva sobre contratos negociados fuera de establecimientos comerciales.

La Directiva anteriormente citada obliga a los Estados miembros, en el caso de operaciones cerradas con ocasión de una visita del profesional al domicilio del consumidor cuando la misma no se haya llevado a cabo a instancia expresa de éste, a reconocerle el derecho de rescisión de su compromiso (artículo 1, apartado 1). Tal derecho se ejercerá mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de siete días, contados desde el momento en que el consumidor hay recibido la preceptiva información contemplada en el artículo 4. Además, la notificación realizada tendrá como efecto liberar al consumidor de toda obligación que resulte del contrato rescindido (artículo 5, apartados 1 y 2). Los efectos jurídicos de la renuncia se regularán de acuerdo con la legislación nacional, en particular, lo referente al reembolso de pagos relativos a los bienes o a las prestaciones de servicios, así como a la restitución de mercancías recibidas (artículo 7). De conformidad con el artículo 3, apartado 2, letra a), la Directiva no es aplicable a los contratos de construcción, venta y alquiler de inmuebles, así como a los contratos que contemplen otros derechos sobre inmuebles.

Por otro lado, la ley alemana sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (HwG), vigente en la fecha de los hechos del litigio principal, dispone que "en caso de revocación, cada parte restituirá a la otra las prestaciones recibidas" (art. 3, apartado 1).

Los hechos que originan el litigio son los siguientes: En julio de 1991 el Sr. von der Heyden se incorporó a un fondo de inversión inmobiliaria de tipo cerrado con la forma jurídica de sociedad de Derecho civil como inversor socio a cambio de una aportación de capital de 384.044 DEM. Dicha operación tuvo lugar tras la visita de un representante (Friz) de la sociedad Roland (gestora del fondo de inversión inmobiliaria) al domicilio particular del Sr. von der Heyden, quien, en agosto de 2002 puso fin a su participación en la referida sociedad de Derecho civil, revocando su incorporación a la misma. Friz, en su condición de representante de la gestora del fondo de inversión inmobiliaria, reclamó al Sr. von der Heyden el pago de 16.319 euros, en concepto de saldo de liquidación negativo, correspondiente a la diferencia entre el valor de la aportación inicial realizada por éste último en el momento de incorporación a la sociedad y su participación en las pérdidas sufridas por ésta hasta el momento de la revocación de dicha incorporación.

Las cuestiones prejudiciales sometidas a enjuiciamiento del TJUE por parte del BGH son dos:

Por un lado, si la incorporación de un consumidor a un fondo de inversión inmobiliaria de tipo cerrado con la forma jurídica de sociedad de Derecho civil cuando la finalidad de tal incorporación no consiste primordialmente en convertirse en socio de la referida sociedad, sino en realizar una inversión, queda dentro del ámbito de la Directiva sobre contratos negociados fuera de establecimientos comerciales o, por el contrario, se trata de un contrato referente a <<otros derechos relativos a bienes inmuebles>> de los excluidos del ámbito de aplicación de la citada Directiva por el artículo 3, apartado 2, letra a) de la misma.

Y, por otro, si es compatible con la Directiva el efecto jurídico nacional (elaborado por la jurisprudencia) que admite que el consumidor, en caso de revocación de la incorporación, sólo tenga derecho al pago de su cuota de liquidación (es decir, el importe correspondiente al valor de su participación en la sociedad en la fecha de la revocación, que podría ser inferior al valor de su aportación o, incluso, suponer una obligación de pago a cargo del consumidor frente a la sociedad cuando el saldo de la liquidación fuera negativo) o si, por el contrario, el consumidor puede exigir la devolución de la aportación inicialmente efectuada a la sociedad. En definitiva, el TJUE ha de pronunciarse sobre si la revocación tiene como efecto liberar completamente al consumidor de sus obligaciones contractuales (efectos *ex tunc*), o la consecuencia es que éste queda sujeto a las obligaciones asumidas hasta la declaración de su revocación (efectos *ex nunc*).

En cuanto a la primera cuestión planteada, declara el Tribunal europeo que **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, se aplica a un contrato, celebrado en unas circunstancias como aquéllas de que se trata en el litigio principal, relativo a la incorporación de un consumidor a un fondo de inversión inmobiliaria de tipo cerrado con la forma jurídica de sociedad de Derecho civil cuando la finalidad de tal incorporación no consiste primordialmente en convertirse en socio de la referida sociedad, sino en realizar una inversión.**

Sobre la segunda cuestión, afirma el TJUE que **el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 85/577 no se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una norma nacional, según la cual en caso de revocación de la incorporación a un fondo de inversión inmobiliaria de tipo cerrado con la forma jurídica de sociedad de derecho civil, realizada en una operación no solicitada fuera del establecimiento comercial, el consumidor tiene frente a dicha sociedad un derecho a su cuota de liquidación calculado en función del valor de su participación en la fecha de su separación del antedicho fondo y, en consecuencia, pueda eventualmente obtener la restitución de un importe inferior a su aportación o verse obligado a participar en las pérdidas del referido fondo.**

Como fundamento de su decisión el Tribunal europeo sostiene que, aunque en virtud de lo dispuesto en el art. 7 de la Directiva, los efectos jurídicos del ejercicio del derecho de renuncia se regularán de acuerdo con la legislación nacional, no obstante, los Estados miembros deben ejercer su competencia respetando la finalidad de aquélla, que no es otra que la protección de los

consumidores. Sin embargo, ello no implica que esa protección sea absoluta, sino que está sometida a ciertos límites. Así, si bien es cierto que la notificación de la revocación tiene como efecto (tanto para el consumidor como para el empresario) el restablecimiento de la situación inicial, no es menos cierto que nada en la Directiva excluye que el consumidor pueda tener, *en determinados supuestos específicos*, obligaciones con respecto al comerciante y deber, en su caso, hacer frente a determinadas consecuencias resultantes del ejercicio de su derecho de rescisión.

En nuestro derecho interno, el art. 110 TRLCU remite para la regulación de las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento en un contrato celebrado fuera de establecimiento mercantil, al régimen general de los arts. 68 a 79 TRLCU, salvo en lo referente al establecimiento de un plazo específico para ejercitar el derecho. Entre los últimos preceptos citados, es el art. 74 TRLCU el que determina cuáles son las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento. En términos generales, se establece como efecto principal la obligación de las partes de proceder a la recíproca y simultánea restitución de las prestaciones de acuerdo con los arts. 1303 y 1308 CC. No obstante, proclamada en nuestro ordenamiento interno la eficacia *ex tunc* del ejercicio del desistimiento, dicho criterio deberá acomodarse, en determinados supuestos específicos como el enjuiciado en la sentencia que se comenta, a la doctrina sentada por el Tribunal europeo en este caso.

M^a Sagrario Bermúdez Ballesteros