

EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO EN CONTRATOS EN LÍNEA CON CONSUMIDORES EN CASO DE BIENES DESPRECINTADOS TRAS LA ENTREGA, NO APTOS PARA SER DEVUELTOS POR RAZONES DE PROTECCIÓN DE LA SALUD O HIGIENE

EXCLUSION OF THE RIGHT OF WITHDRAWAL IN ONLINE CONTRACTS WITH CONSUMERS IN CASE OF GOODS UNSEALED AFTER DELIVERY, NOT SUITABLE TO BE RETURNED FOR REASONS OF PROTECTION OF HEALTH OR HYGIENE

Consuelo Camacho Pereira*

81

RESUMEN

El derecho a desistir del contrato adquiere especial relevancia en la actualidad en la contratación de bienes y servicios entre empresarios y consumidores, en particular en la contratación en línea. En el ordenamiento jurídico español, tal derecho es reconocido en el real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. No obstante, entre las exclusiones al ejercicio de este derecho, se contempla el caso del suministro de bienes precintados no aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega. En el presente trabajo analizamos los elementos de tal exclusión, ineptitud del bien para

* Doctora de Derecho Civil. Profesora en el Centro Universitario San Isidoro, adscrito a la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. Avenida Leonardo da Vinci, 17, Isla de la Cartuja, Sevilla, España. Correo electrónico: ccamacho@centrosanisidoro.es.

Recepción: 2020-04-13; aceptación: 2020-08-21.

ser devuelto, características del “precinto”, así como la información que ha de aportarse al consumidor para que opere la exclusión, a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de marzo de 2019, asunto C681/17, que admite el ejercicio por un consumidor del derecho de desistimiento en caso de compra en línea de un colchón que desprecinta para su prueba.

Palabras claves: derecho de desistimiento; consumidor; salud, higiene.

ABSTRACT

The right to withdraw from the contract is especially relevant today in the contracting of goods and services between businessmen and consumers, particularly in online contracting. In the Spanish legal system, such right is recognized in Royal Legislative Decree 1/2007, of November 16, which approves the consolidated text of the General Law for the Defense of Consumers and Users and other complementary laws. However, among the exclusions to the exercise of this right, the case of the supply of sealed goods not suitable to be returned for reasons of health protection or hygiene and that have been unsealed after delivery is contemplated. In the present work the elements of such exclusion are analyzed, the ineptitude of the good to be returned, characteristics of the “seal”, as well as information that must be provided to the consumer for the exclusion to operate, based on the sentence of the Court of Justice of the European Union, of March 27, 2019, case C 681/17, which admits the exercise by a consumer of the right of withdrawal in case of online purchase of a mattress that is unsealed for testing.

Keywords: right of withdrawal; consumer; health; hygiene.

I. INTRODUCCIÓN

La necesidad de protección del consumidor en el ámbito de la Unión Europea, fue puesta de manifiesto ya desde el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea, para una Política de protección e información de los consumidores, de 14 de abril de 1975, en el que la Comunidad se pronunció sobre las distintas categorías de derechos fundamentales del mismo¹: derecho a la protección de la salud y de su seguridad,

¹ La Constitución española reconoce entre los principios rectores de la política social y económica, en su art. 51: “1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los con-

derecho a la protección de sus intereses económicos, derecho a la reparación de los daños, derecho a la información y a la educación, derecho a la representación, y consulta, cuando la toma de decisiones afecte a sus intereses²; tales derechos se recogieron con posterioridad en el Tratado de Niza (art. 153). Actualmente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, reconoce en el apartado 1 del art. 169:

“Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión 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”.

Según el apartado 2 del art. 169, la Unión Europea contribuirá a alcanzar los objetivos a que se refiere el apartado 1 mediante:

“a. Medidas que adopte en virtud del art. 114 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”.

En el desarrollo de la protección de los intereses económicos de los consumidores, uno de los derechos reconocidos a los mismos en sucesivas directivas, ha sido el de poder desistir del contrato celebrado³. El derecho

sumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”.

² BERCOVITZ (2003) p. 116. Según este autor: “Como puede apreciarse en la enumeración anterior, las tres últimas categorías de derechos son instrumentales para conseguir la realización de los derechos enunciados en las dos primeras, que son las verdaderamente fundamentales”.

³ El derecho de desistimiento se reconoce por vez primera en la normativa europea en el ámbito de los contratos fuera de establecimiento mercantil, en la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/577, de 20 de diciembre; posteriormente, en la Directiva 94/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, sustituida por la Directiva 2008/122/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero, en el ámbito de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio. Más tarde se prevé el derecho a desistir en los contratos a distancia, en virtud de la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, y en los contratos a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, por la Directiva 2002/65/CE del

de desistimiento supone conceder solo a una de las partes de un contrato, en este caso al consumidor, la posibilidad de desvincularse del mismo, incluso, habiendo prestado su consentimiento de forma libre y voluntaria, y aún estando el bien en perfectas condiciones, siempre que ejercite este derecho en un plazo fijado contractual o legalmente, sin que el ejercicio de este derecho conlleve penalización alguna.

El derecho del consumidor a dejar sin efecto el contrato, en virtud del desistimiento, parece contravenir el art. 1.256 del *Código Civil* español, según el cual: “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”⁴, constituyendo una excepción al principio general *pacta sunt servanda*⁵.

Aunque podamos encontrar algunos supuestos de desistimiento unilateral del contrato en el tradicional derecho civil, sin un denominador común que les sirva de fundamento⁶, y sin perjuicio de que este derecho

Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre. Se contempla también en la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa a los contratos de crédito al consumo. La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, dando nueva regulación al derecho de desistimiento en estos ámbitos.

⁴ En este sentido, GALLEGO (2011), p. 1219.

⁵ El principio *pacta sunt servanda* está presente en numerosas fuentes del derecho romano (Paulo: *Digesto* 23,4,5,1, con excepciones; Justiniano, 2,3,12 (año 230); Cicerón en *De Officiis*, 3, 92, 7...). Señala LÓPEZ (2010): “el principio *pacta sunt servanda*, exige que: los pactos deben observarse; las palabras deben cumplirse; los contratos obligan”. Rodrigo Momberg explica con claridad, que tal principio implica que: “...las partes deben respetar las obligaciones que válidamente han contraído, teniendo estas fuerza vinculante para ellas y por tanto exigibilidad para su cumplimiento. En su concepción tradicional supone también intangibilidad del contrato...”. MOMBERG (2010), p. 10. Según MARTÍNEZ DE MORENTIN (2014), p. 333: “El principio *pacta sunt servanda* (en el sentido general atribuido a *pacta*: los contratos han de cumplirse), ha sido confirmado a través del tiempo por las distintas Escuelas de la tradición jurídica europea, admitiéndose como principio general, pero es una expresión medieval originada en el Derecho canónico. Se refiere a una acepción más amplia que la romana, que sólo contemplaba un *numerus clausus* de contratos...”. No obstante, este principio cuenta con excepciones, esta autora se refiere a los cambios imprevistos producidos en la situación de hecho, estudiando la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*; a esta cláusula como excepción al principio *pacta sunt servanda*, hace referencia también PARRA (2015), pp. 16-17, si bien esta autora señala otras excepciones a tal principio que permitirían alterar el contrato, como las fundadas en que el factor tiempo determina que las prestaciones pactadas se alejen de la evolución del mercado o en el ámbito de la protección del consumidor en los viajes combinados. El ejercicio del derecho de desistimiento, al que nos referimos, ha sido considerado también como excepción al principio *pacta sunt servanda* por DIÉGUEZ (2009), p. 5 y CARRASCO (2002), p. 349.

⁶ Rocío Diéguez Oliva hace referencia a los arts. 1733 y 1736 en sede de contrato de mandato y al art. 1755 en el ámbito del contrato de depósito. DIÉGUEZ (2009), p. 6.

pueda configurarse contractualmente, la normativa europea se ha centrado en reconocerlo en aras de proteger al consumidor y de incrementar las transacciones, en caso de contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil, y así consolidar el mercado interior europeo⁷. En concreto, en las ventas a distancia, el reconocimiento normativo de este derecho al consumidor se fundamenta en que no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, por lo que solo una vez recibidos puede probarlos e inspeccionarlos en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de los mismos; reconociéndose un plazo para ello y posibilitándose su devolución dentro de tal plazo.

En España, el derecho de desistimiento en las compras a distancia y fuera del establecimiento mercantil, ha sido reconocido en el real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el TRLGDCU. No obstante, y en aplicación de normativa europea, se han regulado excepciones al mismo, no siendo aplicable este derecho, entre otros supuestos, al suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega. En la aplicación de esta excepción se contraponen la protección económica del consumidor, con la protección de la salud e higiene de ulteriores adquirentes que podrían llegar a obtener el producto que previamente ha sido devuelto en ejercicio del desistimiento del anterior consumidor. Trataremos de delimitar los requisitos para que opere esta excepción al derecho de desistimiento en la contratación en línea.

La hipótesis planteada supone considerar que para la aplicación de la excepción al derecho de desistimiento por razones de seguridad e higiene deben darse los siguientes presupuestos: que el empresario haya precintado el bien por exigencias normativas o porque puede considerarse, atendiendo a criterios objetivos, que era necesario para preservar la salud e higiene de los consumidores; que el consumidor hubiera sido debidamente informado por el empresario antes del contrato, de que si desprecinta el bien, pierde el derecho de desistimiento; que el consumidor haya desprecintado el bien, y esto pueda afectar a la salud o a la higiene. Dándose tales presupuestos, el empresario puede hacer valer la excepción, puesto que el consumidor habrá perdido su derecho a desistir del contrato,

⁷ La Ley n.º 19496 de Chile, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, en su art. 3 bis, también reconoce el derecho llamado de “retracto” del consumidor, entre otros supuestos, “en los contratos celebrados por medios electrónicos y en aquéllos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario”.

y ello, aunque fuera posible que el empresario vendiese de nuevo el bien previa limpieza del mismo.

Consideraremos los antecedentes de la regulación del derecho de desistimiento del consumidor en las compras en línea y de sus exclusiones, la regulación actual del mismo y de sus exclusiones en el TRLGDCU, y analizaremos de forma crítica el pronunciamiento acerca de los requisitos para aplicar la referida exclusión, en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de marzo de 2019, asunto C681/17, que admite el ejercicio por un consumidor del derecho de desistimiento en caso de compra en línea de un colchón que desprecinta para su prueba.

II. ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL CONSUMIDOR EN LAS COMPRAS EN LÍNEA Y DE LAS EXCLUSIONES AL MISMO EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

En cuanto a la evolución normativa en España del derecho de desistimiento a favor del consumidor, la LGDCU, actualmente derogada, no lo contempló de forma expresa. No obstante, su art. 10.1 c).2, consideró contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones: “Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio y por muestrario”. Así, para tales modalidades de venta, el comprador podría dejar sin efecto el contrato discrecionalmente, aunque solo si el empresario le reconocía esta facultad.

Fue la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos Celebrados Fuera de los Establecimientos Mercantiles, que transpuso la directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/577, de 20 de diciembre, la primera en hacer referencia expresa a una figura jurídica similar al derecho de desistimiento; con posterioridad, la LOCM, teniendo en cuenta los trabajos preparatorios de la Directiva 97/7/CE, de protección del consumidor en materia de contratos a distancia, en su redacción inicial, estableció un derecho de desistimiento de carácter general en el art. 10 y una regulación más específica en las ventas a distancias en sus arts. 44 y 45.

El mencionado art. 10 de la LOCM, bajo la rúbrica “Derecho de desistimiento”, disponía:

“1. Cuando en el ejercicio de un derecho previamente reconocido se proceda a la devolución de un producto, el comprador no tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o deterioro

del mismo debido exclusivamente a su prueba para tomar una decisión sobre su adquisición definitiva sin alterar las condiciones del producto en el momento de la entrega. Se prohíbe al vendedor exigir anticipo de pago o prestación de garantías, incluso la aceptación de efectos que garanticen un eventual resarcimiento en su favor para el caso de que se devuelva la mercancía.

2. Caso de no haberse fijado el plazo, dentro del cual el comprador podrá desistir del contrato, aquél será de siete días”.

Para las ventas a distancia, el art. 44 de la LOCM permitía al comprador desistir libremente del contrato dentro del plazo de siete días contados desde la fecha de recepción del producto, sin penalidad alguna, debiendo el comprador satisfacer los gastos directos de devolución y, en su caso, indemnizar los desperfectos del objeto de la compra. Exceptuándose tal derecho en los casos previstos en el art. 45 de la LOCM, no siendo aplicable:

- “1) A las transacciones de valores mobiliarios y otros productos cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de un mercado no controlado por el proveedor.
- 2) A los contratos celebrados con intervención de fedatario público.
- 3) Tampoco se extenderá el derecho de desistimiento, salvo pacto en contrario, a las ventas de objetos que puedan ser reproducidos o copiados con carácter inmediato, que se destinen a la higiene corporal o que, en razón de su naturaleza, no puedan ser devueltos”.

87

Esta última excepción, relativa a la exclusión del desistimiento cuando el bien por su naturaleza no podía ser devuelto, requería de una importante labor interpretativa y de la aplicación de criterios objetivos para su delimitación.

Al ser la Ley 7/1996 anterior a la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, cuando esta fue aprobada, surgió la obligación de su trasposición al derecho nacional. A tal fin se publicó la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, que modificó el art. 44 de la LOCM. La principal novedad radicó en destacar la importancia de la información precontractual en relación con el derecho de desistimiento, aumentando el plazo para su ejercicio a tres meses si se omitía la misma.

La reforma afectó también a las excepciones al ejercicio del derecho de desistimiento previstas en el art. 45 de la LOCM, que dispuso:

“Salvo pacto en contrario, lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los siguientes contratos:

- a) Contratos de suministro de bienes cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el vendedor no pueda controlar.
- b) Contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor o claramente personalizados, o que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos o puedan deteriorarse o caducar con rapidez.
- c) Contratos de suministro de grabaciones sonoras o de vídeo, de discos y de programas informáticos que hubiesen sido desprecintados por el consumidor, así como de ficheros informáticos, suministrados por vía electrónica, susceptibles de ser descargados o reproducidos con carácter inmediato para su uso permanente.
- d) Contratos de suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas y revistas”.

Volvía a reiterarse, en el apartado b) la exclusión del derecho de desistimiento cuando el bien por su naturaleza no podía devolverse, manteniéndose la necesidad de valoración de cada caso.

88

Cuando se aprobó el real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, el 16 de noviembre de 2007, en su primera redacción no se derogó ninguno de los artículos que regulaban el derecho de desistimiento en el ámbito de la LOCM y ello, a pesar de regular las ventas a distancia con consumidores, y, en concreto, en los arts. 101 y 102, el derecho de desistimiento en este tipo de contratación. Por ello, hasta la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, concurría una doble regulación de los contratos de venta a distancia según los sujetos contratantes⁸, de tal manera que si el empresario vendía a un consumidor se le aplicaban las previsiones del TRLGDCU y en caso de vender a otro empresario, los arts. 38 a 48 de la LOCM.

En su redacción inicial, el art. 101 del TRLGDCU reconocía al consumidor y usuario que contrata a distancia, el derecho a desistir del contrato, estableciendo excepciones a tal derecho en el art. 102, reproduciendo las contempladas en el art. 45 de la LOCM.

La actual regulación del derecho de desistimiento en las compras a distancia, procede de la transposición al derecho interno de la Directiva

⁸ LARROSA (2011), p. 219.

2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE de la DDC, por Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el TRLGDCU.

El art. 1 de la referida DDC, relativo al objeto de la misma, señala:

“La presente Directiva tiene por objeto, a través del logro de un nivel elevado de protección de los consumidores, contribuir al buen funcionamiento del mercado interior...”

y según su considerando 4:

“La armonización de determinados aspectos de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento con los consumidores es necesaria para promover un auténtico mercado interior para los consumidores, estableciendo el equilibrio adecuado entre un elevado nivel de protección de estos y la competitividad de las empresas”.

En relación con los contratos celebrados a distancia la DDC, en su considerando 37, trata de justificar el reconocimiento del derecho a desistir del contrato celebrado afirmando:

“Dado que en las ventas a distancia el consumidor no puede ver los bienes antes de celebrar el contrato, debe disponer de un derecho de desistimiento. Por el mismo motivo, el consumidor debe estar autorizado a probar e inspeccionar los bienes que ha comprado en la medida suficiente que le permita determinar la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de los bienes...”

La doctrina, no obstante, no es unánime en cuanto a la valoración del reconocimiento normativo de este derecho al consumidor. En línea con la DDC, hay autores que justifican el derecho de desistimiento en la contratación a distancia, en atención a que el consumidor no tuvo la posibilidad de comprobar físicamente la cosa objeto del contrato y solo conoció sus características mediante la información precontractual facilitada por el medio de comunicación empleado⁹, o de forma más general,

⁹ COSTAS (2015), p. 110.

en que atendidas las circunstancias, debe reforzarse la posición contractual del consumidor para salvaguardar la correcta formación de su consentimiento¹⁰. En cambio, otros autores son más críticos con el reconocimiento del desistimiento en las compras a distancia; entienden que los consumidores sentados en sus casas frente a los ordenadores no tienen presión de ningún tipo para emprender una transacción, y que, en este caso, más bien se trata de compensar asimetrías en la información entre las partes, dejando al consumidor un tiempo para inspeccionar físicamente el objeto adquirido. En este caso observan que existe una subvención de un grupo de consumidores por otro grupo, y proponen que el derecho de desistimiento en los contratos a distancia pueda ser excluido por aquellos consumidores que no quieran o no necesiten inspeccionar el objeto en cuestión, y que el que quiera optar por tener este derecho debería pagar un precio por ello. En general advierten que desde un punto de vista económico, el principio fundamental se enuncia fácilmente: los derechos de desistimiento deberían reconocerse si sus beneficios son superiores a sus costos, que son soportados por todos los consumidores, usen o no el derecho de desistimiento¹¹.

90 Por otra parte, no es fácil lograr el equilibrio entre un alto nivel de protección del consumidor y la competitividad de las empresas, desde el momento en que hay empresas, a las que ya por su tamaño, ya por el sector en el que se encuentran, el ejercicio del derecho de desistimiento les supone unos costos importantes, no pudiendo competir con las grandes empresas.

Tras la transposición al ordenamiento jurídico español de la DDC, mediante la modificación del TRLGDCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, se derogaron de forma expresa los arts. 39 a 48 de la LOCM, ante la necesidad de evitar la confusión que generaba la existencia de un régimen jurídico duplicado para los contratos de venta a distancia en los artículos derogados y los previstos en la nueva redacción del TRLGDCU, pudiendo afirmarse que quedó sin regulación específica la contratación a distancia en las relaciones empresariales¹² y, por tanto, fuera del ámbito del derecho de desistimiento. Tal ley modificó la redacción del art. 10 de la LOCM (DF 2ª.2), que para el ejercicio del derecho de desistimiento remite a lo dispuesto por el art. 71 del TRLGDCU, que regula el plazo para el ejercicio de tal derecho, debiendo entenderse que no es aplicable a aquellas ventas en las que el adquirente tenga la condición de empre-

¹⁰ LLORENTE (2013), p. 397. En el mismo sentido, DIÉGUEZ (2009), p. 8.

¹¹ EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGORLEIT, JANSEN, WAGNER, ZIMMERMANN (2012), pp. 116-118, y 129-134.

¹² CAMACHO (2015), p. 4.

sario o profesional, sino solo a los contratos de consumo celebrados por un empresario y un consumidor.

III. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO Y EXCEPCIONES AL MISMO EN EL TRLGDCU

1. Los sujetos activo y pasivo del derecho de desistimiento en los contratos a distancia regulados en el TRLGDCU

La DDC y el TRLGDCU únicamente reconocen el ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos entre empresarios y consumidores y usuarios (B2C), considerando consumidor a toda persona física que actúe en la contratación con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión¹³. No obstante, la DDC en su considerando 13, plantea la posibilidad de extender su aplicación a personas físicas o jurídicas que no sean “consumidores”, si bien entendemos que esto se contempla para aquellos supuestos en que una persona o entidad se encuentra en situación de cierta debilidad en el mercado frente a las grandes empresas, ya que como ejemplo, la DDC se refiere a las “organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas”. Como puede observarse, la DDC realiza esta matización en cuanto al posible sujeto activo del derecho de desistimiento, pero no se plantea excluir el ejercicio de este derecho frente a tales organizaciones no gubernamentales, nuevas empresas o pymes, para las cuales soportar el derecho de desistir de sus clientes es costoso. Consideramos que más que reconocerles en estos casos el derecho de desistimiento en relación con sus proveedores, sería más efectivo no obligarlas a reconocerlo a sus clientes o, bien, ambas cosas.

En España, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, amplía el concepto de consumidor y usuario a las personas jurídicas “consumidoras”, aclarando mediante la modificación del art. 3 del TRLGDCU, que son consumidores las personas físicas que

“actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como las personas jurídicas y las

¹³ Art. 2.1 de la DDC y art. 3 del TRLGDCU. Aclara el considerando 17 de la DDC: “No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor”.

entidades sin personalidad jurídica, que actúen sin ánimo de lucro, en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”,

pero no se reconoce el derecho a desistir a las empresas que adquieren en el ámbito de su actividad económica.

*2. Excepciones al derecho de desistimiento
en el TRLGDCU, en particular,
en casos de suministro de bienes precintados
no aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud
o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega*

El TRLGDCU configura el derecho a desistir del contrato como derecho reconocido contractual o legalmente al consumidor¹⁴. De conformidad con el art. 68.3. del TRLGDCU, el derecho de desistimiento atribuido legalmente al consumidor, se regirá, en primer término, por las disposiciones legales que lo establezcan en cada caso y, en su defecto, por lo dispuesto en el título I: “Contratos con los consumidores y usuarios”, del libro II. Tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, el TRLGDCU regula de forma particular y detallada el derecho de desistimiento en los contratos a distancia¹⁵ y fuera del establecimiento, en el capítulo III, del título III, del libro II del TRLGDCU. El art. 102 del TRLGDCU dispone:

“1. Salvo las excepciones previstas en el art. 103, el consumidor y usuario tendrá derecho a desistir del contrato durante un periodo

¹⁴ Según el art. 68.1 TRLGDCU: “El derecho de desistimiento de un contrato es la facultad del consumidor y usuario de dejar sin efecto el contrato celebrado, notificándoselo así a la otra parte contratante en el plazo establecido para el ejercicio de ese derecho, sin necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase.

Serán nulas de pleno de derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento”.

¹⁵ La Ley 3/2014, de 27 de marzo, da una nueva redacción al art. 92 del TRLGDCU, previendo que, a salvo las excepciones contempladas en el art. 93 del mismo texto: “1. Se regirán por lo dispuesto en este título los contratos celebrados a distancia con los consumidores y usuarios en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo.

Entre otras, tienen la consideración de técnicas de comunicación a distancia: el correo postal, Internet, el teléfono o el fax”.

de 14 días naturales¹⁶ sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en los arts. 107.2 y 108¹⁷.

2. Serán nulas de pleno derecho las cláusulas que impongan al consumidor y usuario una penalización por el ejercicio de su derecho de desistimiento o la renuncia al mismo”.

Por otra parte, el art. 105 del TRLGDCU prevé que si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el art. 97.1.i) del TRLGDCU,

“el periodo de desistimiento finalizará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 104”.

Dicho art. 97.1.i), transposición del art. 6.1.h) de la DDC, señala:

“1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento

¹⁶ El art. 104 del TRLGDCU, transposición del art. 9 de la DDC, determina que el plazo de desistimiento concluirá a los catorce días naturales, que se computan a partir de:

a) En el caso de los contratos de servicios, el día de la celebración del contrato;

b) En el caso de los contratos de venta, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados, o bien:

1º.- En caso de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido y entregados por separado, el día que éste o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último de los bienes;

2º.- En caso de entrega de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último componente o pieza;

3º.- En caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, el día que el consumidor y usuario o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del primero de esos bienes;

c) En el caso de los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, o de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material, el día en que se celebre el contrato”.

¹⁷ El art. 107.2. del TRLGDCU, se refiere al caso de que el consumidor y usuario haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, no estando el empresario obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven. Según el art. 108.1, segundo párrafo, del TRLGDCU: “El consumidor y usuario sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el empresario ha aceptado asumirlos o no le ha informado de que le corresponde asumir esos costes”.

o cualquier oferta correspondiente, el empresario le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información: ... i) Cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho, así como el modelo de formulario de desistimiento”.

Si el empresario ha facilitado la información contemplada en el apartado 1, en el plazo de doce meses a partir de la fecha del art. 104, el plazo para ejercitar el derecho de desistimiento expirará a los 14 días naturales desde la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información.

El consumidor, por tanto, puede tener el bien en su poder catorce días naturales, con el fin de probar él mismo, y tomar una decisión sobre su adquisición definitiva. Como consecuencia de la falta de información acerca de tal derecho, el plazo para el ejercicio del desistimiento puede ampliarse a doce meses, plazo que parece un tanto excesivo y muy gravoso para el empresario. Además, aunque el consumidor haga uso del bien en tal plazo, no tendrá responsabilidad alguna por su disminución de valor, al disponer el art. 108.2 del TRLGDU en su inciso segundo que:

94 “En ningún caso será responsable de la disminución de valor de los bienes si el empresario no le ha informado de su derecho de desistimiento con arreglo al artículo 97.1. i)”.

El art. 103 del TRLGDCU contempla las “Excepciones al derecho de desistimiento”, transponiendo lo previsto en el art. 16 de la DDC. Según tal artículo, el derecho de desistimiento no será aplicable a los contratos que se refieran a:

- a) La prestación de servicios, una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado, cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y con el reconocimiento por su parte de que es consciente de que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el empresario, habrá perdido su derecho de desistimiento.
- b) El suministro de bienes o la prestación de servicios cuyo precio dependa de fluctuaciones del mercado financiero que el empresario no pueda controlar y que puedan producirse durante el periodo de desistimiento.
- c) El suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario o claramente personalizados.

- d) El suministro de bienes que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.
- e) El suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega¹⁸.
- f) El suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza se hayan mezclado de forma indisoluble con otros bienes.
- g) El suministro de bebidas alcohólicas cuyo precio haya sido acordado en el momento de celebrar el contrato de venta y que no puedan ser entregadas antes de 30 días, y cuyo valor real dependa de fluctuaciones del mercado que el empresario no pueda controlar.
- h) Los contratos en los que el consumidor y usuario haya solicitado específicamente al empresario que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el empresario presta servicios adicionales a los solicitados específicamente por el consumidor o suministra bienes distintos de las piezas de recambio utilizadas necesariamente para efectuar las operaciones de mantenimiento o reparación, el derecho de desistimiento debe aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales.
- i) El suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega.
- j) El suministro de prensa diaria, publicaciones periódicas o revistas, con la excepción de los contratos de suscripción para el suministro de tales publicaciones.
- k) Los contratos celebrados mediante subastas públicas.
- l) El suministro de servicios de alojamiento para fines distintos del de servir de vivienda, transporte de bienes, alquiler de vehículos, comida o servicios relacionados con actividades de

¹⁸ La propuesta de la Comisión, de 8 de octubre de 2008, que dio lugar a la adopción de la Directiva 2011/83 (COM (2008) 614 final), especialmente, p. 31, art. 19, apartado 1, relativo a las excepciones al derecho de desistimiento en materia de contratos a distancia, no preveía la excepción en cuestión; el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre esta propuesta (DO C 317 de 23 de diciembre de 2009), p. 59, en el punto 5.5.4, cita la eventualidad de dicha excepción. En el informe del Parlamento Europeo, de 22 de febrero de 2011, sobre dicha propuesta (A700382011), p. 74, figura la enmienda 130, que dio lugar a la inserción de la disposición que se convertiría en la letra e) del actual art. 16, sin dar explicación alguna sobre la misma.

esparcimiento, si los contratos prevén una fecha o un periodo de ejecución específicos.

- m) El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y usuario con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento”.

En el listado de supuestos exceptuados del desistimiento hay dos en los que, aunque *a priori* existe derecho de desistimiento respecto de lo adquirido, puede perderse tal derecho si se desprecintan los productos comprados. Tales son:

- El supuesto recogido en la letra e), que exceptúa el desistimiento en caso de suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega. Según el documento de orientación de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, de junio de 2014, relativo a la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011¹⁹:

96

“Esta excepción podría aplicarse, por ejemplo, a los siguientes bienes si el consumidor los desprecinta tras la entrega: Productos cosméticos como pintalabios²⁰; colchones”.

- El suministro referido en la letra i), de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor y usuario después de la entrega.

En ambos casos estamos ante bienes precintados, respecto de los que el consumidor podría ejercer el derecho a desistir si no los desprecinta, perdiendo tal derecho si lo hace. No obstante, si el empresario envía tales bienes sin precinto, entendemos que el consumidor podrá ejercitar su derecho de desistimiento, siendo el empresario el que carga con la obligación de comprobar que los bienes devueltos se encuentran en buen estado, y caso contrario, asumirá los costos que suponga ponerlos en el estado original; si esto no fuera posible, no podría venderlos de nuevo.

El supuesto recogido en la letra e) que exceptúa el desistimiento en caso de suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser de-

¹⁹ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_es.pdf [fecha de consulta: 4 de febrero de 2020].

²⁰ Según ROTT (2012), p. 381, esta excepción responde a las peticiones formuladas por la industria cosmética.

vueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega, nos lleva a plantearnos qué bienes no son aptos para ser devueltos desprecintados por esta razón. En el caso de que una normativa especifique la obligatoriedad de precinto del bien para evitar afectar a la salud o a la higiene, la cuestión es sencilla, pero si no existe tal normativa se plantean serias dudas.

Entendemos, que a falta de normativa que imponga el precintado del bien, el empresario por razones objetivas puede valorar la necesidad de precinto para garantizar, que tras la devolución del bien, este puede ser comercializarlo de nuevo en condiciones adecuadas; de alguna forma, se está incentivando que el empresario precinte los bienes antes de su entrega, cuando pueda considerar objetivamente que el bien desprecintado no es apto para ser devuelto por razones de salud e higiene, protegiéndose así al siguiente consumidor. Siempre cabe la posibilidad de que el empresario, abusando de su derecho, precinte bienes cuando no sea preciso desde un punto de vista objetivo para la salvaguarda de la salud o higiene, con el fin de que, una vez desprecintados tales bienes por el consumidor para su prueba, le deniegue el ejercicio de su derecho de desistimiento; ante ello, el consumidor podrá reclamar el ejercicio de su derecho a desistir del contrato.

Por otra parte, es muy importante tener en cuenta el art. 97.1.l) del TRLGDCU, transposición del art. 6.1.k) de la DDC, que señala que, cuando con arreglo al art. 103 no proceda el derecho de desistimiento, el empresario debe indicar “que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda”. Por tanto, si el empresario informa al consumidor de la pérdida del derecho a desistir si desprecinta el bien, por razones de salud o higiene, el consumidor no podrá ejercitar tal derecho si llega a desprecintarlo el bien para su prueba.

No obstante, y a diferencia de otros supuestos de falta de información relativa al desistimiento del TRLGDCU²¹, queda sin sanción para el empresario el incumplimiento del art. 97.1.l), lo cual es criticable, ya que, si bien es cierto que el consumidor medio conoce la existencia del desis-

²¹ El art. 97.1 del TRLGDCU dedica los apartados i), j), k) y l) a información sobre diversos aspectos relacionados con el derecho de desistimiento. La ampliación del plazo para desistir prevista en el art. 105 del TRLGDCU se producirá si se incumple el deber de información e integración en el contrato reflejado en el apartado i), esto es, si no se informa de las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer tal derecho. El incumplimiento de la información sobre costes de devolución del apartado j) dará lugar a que el consumidor no tenga obligación de abonar dichos costes de acuerdo con lo previsto en el art. 108.1 del TRLGDCU. La falta de información sobre los gastos razonables que debe abonar a la que se refiere el apartado k) del art. 97.1 dará lugar a que el consumidor no deba abonar ningún gasto en tal sentido conforme se establece en el art. 108.4.a). 1º del TRLGDCU.

timiento con carácter general en los contratos celebrados a distancia, es menos probable que conozca los supuestos en que no procede el ejercicio de tal derecho. Por ello, es más importante prevenirle de los supuestos en que no dispone de él o en los que lo perdería.

En la hipótesis de incumplimiento de este deber de información, la doctrina ha considerado que hubiera sido aconsejable establecer una consecuencia similar a la de algunos ordenamientos, como el derecho belga, en virtud del cual, si no se ha informado al consumidor de la ausencia de este derecho, dispondrá de él²². Entendemos que, aunque tal consecuencia no se contempla en los casos en que el empresario no informa al consumidor de que el bien una vez desprecintado no se puede devolver por razones de salud o higiene, podría plantearse, ya que el consumidor ha podido desprecintar el bien en la creencia de que no perdería el derecho a desistir. Esta conclusión tiene su apoyo también en el art. 65 del TRLGDCU, según el cual:

“Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

98

En tal caso, ejercido el desistimiento por el consumidor, si es posible desinfectar el bien, deberá hacerlo el empresario, y si no es posible, no podrá volver a venderlo.

Por tanto, en el supuesto de bienes que el empresario precinte por “razones legítimas de protección de la salud o de higiene”, debe informar al consumidor tanto de su derecho a desistir como de la pérdida de tal derecho si devuelve el bien desprecintado, atendiendo a tales razones de salud o higiene.

IV. TRES CUESTIONES RELEVANTES A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 27 DE MARZO DE 2019, SOBRE LA POSIBILIDAD DEL CONSUMIDOR DE DESISTIR EN UN CONTRATO EN LÍNEA DE UN COLCHÓN QUE DESPRECINTA

El TJUE, en sentencia de 27 de marzo de 2019, asunto C681/17²³, resolvió una petición de decisión prejudicial que le fue planteada, con

²² SÁNCHEZ (2009), pp. 1251-1252. En el mismo sentido PASQUAU, GARCÍA, ROBLES, ESTEBAN DE LA ROSA (2001) p. 75.

²³ Sentencia de 27 de marzo de 2019, Slewo, C-681/17, EU: C: 2019:255.

arreglo al art. 267 TFUE, por el Bundesgerichtshof, recibida en el Tribunal de Justicia el 6 de diciembre de 2017, en el marco de un litigio entre Slewo, empresa de venta en línea, dedicada fundamentalmente a la comercialización de colchones y Sascha Ledowski, consumidor que adquirió un colchón a través del sitio web de la empresa, y al que se le negó el derecho de desistimiento al haber desprecintado el colchón. Los hechos son los siguientes:

El 25 de noviembre de 2014, encargó, en el sitio web de Slewo, un colchón para su propio uso, por el precio de €1 094,52. Las condiciones generales de venta que figuran en la factura emitida por Slewo contenían, en particular, “información dirigida a los consumidores relativa al desistimiento”, redactadas del siguiente modo:

“Nos haremos cargo de los costes de devolución del producto. [...] Su derecho de desistimiento se extinguirá anticipadamente en los siguientes casos: en los contratos que estipulen la entrega de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega”.

En el momento de la entrega, el colchón encargado estaba revestido de una capa de protección, que este retiró con posterioridad.

Mediante correo electrónico de 9 de diciembre de 2014, comunicó a Slewo su deseo de devolver el colchón y le pidió que se hiciera cargo de su transporte; ante la negativa de Slewo, él asumió los costos del mismo, por importe de €95,59.

Presentó ante el Amtsgericht Mainz (Tribunal de lo Civil y Penal de Maguncia, Alemania) una demanda por la que solicitaba la devolución del precio de compra y de los gastos de transporte del colchón, por un importe total de €1 190,11, más intereses y gastos de abogado. Mediante sentencia de 26 de noviembre de 2015, el Amtsgericht Mainz (Tribunal de lo Civil y Penal de Maguncia) estimó la demanda, y en sentencia de 10 de agosto de 2016, el Landgericht Mainz (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Maguncia, Alemania) confirmó en apelación dicha sentencia. En estas circunstancias, Slewo interpuso un recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania).

El órgano jurisdiccional remitente consideraba que el art. 16, letra e), de la Directiva 2011/83, únicamente excluye el derecho de desistimiento si la retirada del precinto da lugar a la imposibilidad definitiva de vender el bien por razones de protección de la salud o higiene como en el caso de determinados productos cosméticos o artículos de higiene, por ejemplo,

los cepillos de dientes, y recuerda que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las excepciones a un derecho conferido por el derecho de la Unión, como el derecho de desistimiento en cuestión en el litigio principal, son de interpretación estricta.

Entendía que, a diferencia de los artículos de higiene en sentido estricto, un colchón devuelto por un consumidor, tras haberle retirado el precinto, no hace que este deje definitivamente de ser apto para su comercialización, haciendo referencia, en particular, al uso de los colchones en el sector hotelero, a la existencia, en particular en Internet, de un mercado para los colchones de segunda mano, así como a la posibilidad de limpiar los colchones que han sido utilizados. En estas circunstancias, el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1.- ¿Debe interpretarse el art. 16, letra e), de la Directiva 2011/83 en el sentido de que los bienes allí indicados que no son aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene incluyen también aquellos (como los colchones) que, si bien conforme a su uso normal pueden entrar en contacto directo con el cuerpo humano, gracias a medidas (de limpieza) adecuadas por parte del comerciante pueden volver a venderse?
- 2.- En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:
 - a) ¿Qué requisitos debe cumplir el embalaje de un bien para que se pueda hablar de un precinto en el sentido del art. 16, letra e), de la Directiva 2011/83?
 - b) La información que debe proporcionar el comerciante, con arreglo al art. 6, apartado 1, letra k), de la Directiva 2011/83, antes de que el consumidor quede vinculado por el contrato, ¿debe indicar al consumidor, con referencia expresa al objeto de la compraventa (en el caso de autos un colchón) y al precinto del mismo, que perderá el derecho de desistimiento en caso de retirar dicho precinto?

El pronunciamiento sobre tales cuestiones supone interpretar el art. 6, apartado 1. k), y el art. 16, letra e), de la Directiva 2011/83/UE. Como veremos a continuación, el TJUE solo dio respuesta a la primera cuestión, ya que al responder negativamente a esta, no se pronunció sobre las siguientes.

No obstante, por su relevancia, nos referiremos a cada una de estas cuestiones:

a) Si un bien que es entregado al consumidor precintado por razones de seguridad e higiene, y que por su uso normal puede entrar en contacto con el cuerpo humano, puede ser objeto del derecho de desistimiento, teniendo en cuenta que gracias a medidas de limpieza por parte del comerciante puede volver a venderse²⁴.

Según la postura a la que se adhieren Slewo y el gobierno belga, el consumidor no debería beneficiarse de un derecho de desistimiento en las circunstancias previstas por esta cuestión. Por el contrario, el órgano jurisdiccional remitente, Sascha Ledowski, el gobierno italiano y la Comisión Europea, consideraron que el consumidor no debería perder la posibilidad de ejercer su derecho de desistimiento en tal caso.

Es la primera vez que el TJUE interpreta el art. 16, letra e), de la DDC, pronunciándose acerca de la excepción al derecho de desistimiento en contratos a distancia de suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados por el consumidor después de su entrega; como indica la sentencia del TJUE, el tenor de esta disposición no aporta datos sobre el alcance exacto del concepto de “bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene”, de manera que no permite determinar con certeza qué elementos están incluidos en dicho concepto ni si, en el presente caso, un bien como un colchón cuya protección ha sido retirada después de su entrega, está comprendido en dicho concepto²⁵.

Para la interpretación del art. 16, letra e), de la DDC, la sentencia objeto de comentario, tiene en cuenta, no solo el tenor de dicha disposición, sino también su contexto y los objetivos que persigue la normativa de la que forma parte²⁶. A este respecto, como resulta del art. 1 de la DDC,

²⁴ Parece que la cuestión prejudicial es amplia, y no se refiere únicamente a los colchones, sino que pretende responder en relación con cualquier bien que por su uso normal, pueden entrar en contacto con el cuerpo humano, y en concreto, puede limpiarse por el vendedor tras su devolución. Esto fue valorado positivamente en sus conclusiones por el abogado general Henrik Saugmandsgaard ØE, presentadas el 19 de diciembre de 2018, apartado 30 (en adelante conclusiones del abogado general), que manifiesta su preferencia por esta visión, más que por la necesidad de un pronunciamiento caso por caso; posición que mantuvo también Slewo, aludiendo a criterios de previsibilidad y seguridad jurídica. Sin embargo, entendemos que no cabe hacer una interpretación general en relación con cualquier bien, cuyo uso normal suponga contacto físico, ya que pueden darse distintas variables, por ejemplo, en relación con la intensidad de tal contacto físico o a la posibilidad de que el bien pueda ser probado aún con el precinto.

²⁵ FJ 30.

²⁶ En este sentido sentencias del TJUE de 7 de agosto de 2018, Verbraucherzentrale Berlin, C 485/17, EU: C: 2018:642, apartado 27, y de 13 de septiembre de 2018, Starman, C 332/17, EU: C: 2018: 721, apartado 23.

en relación con sus considerandos n.ºs 3, 4 y 7, pretende lograr un nivel elevado de protección a los consumidores, garantizando su información y su seguridad en las transacciones con los comerciantes, en el marco del art. 169 del TFUE y art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Recuerda el TJUE que el derecho de desistimiento, tiene por objetivo proteger al consumidor en la situación concreta de una venta a distancia, en la que no tiene la posibilidad real de ver el producto ni de conocer las características del servicio antes de celebrar el contrato. Por tanto, se considera que el derecho de desistimiento compensa la desventaja resultante de un contrato a distancia, concediéndole un plazo de reflexión apropiado durante el cual tiene la posibilidad de examinar y probar el bien adquirido²⁷.

La sentencia del TJUE²⁸ considera que el art. 16, letra e), de la DDC, constituye una excepción al derecho de desistimiento, que, como disposición del Derecho de la Unión que limita los derechos otorgados a efectos de protección es de interpretación estricta²⁹.

Continúa la sentencia exponiendo que una excepción al derecho de desistimiento puede estar justificada por la naturaleza de los bienes específicos. De ello deduce que, en el contexto del art. 16, letra e), de la DDC, es la naturaleza de un bien la que puede justificar el precintado de su embalaje por razones de protección de la salud o de higiene y que, por tanto, el desprecintado del embalaje priva al bien que contiene de la garantía en términos de protección de la salud o de higiene. En tales circunstancias, admitir que el consumidor puede ejercer su derecho de desistimiento devolviéndole al comerciante el bien cuando ha retirado el precinto, sería contrario a la voluntad del legislador de la Unión, expresada en el considerando n.º 4 de la DDC, que trata de garantizar un equilibrio adecuado entre un elevado nivel de protección de los consumidores y la competitividad de las empresas³⁰.

En línea con lo mantenido por el órgano jurisdiccional remitente, y con lo defendido por el abogado general³¹, el TJUE interpreta que la excepción al derecho de desistimiento prevista en el art. 16, letra e), de la DDC solo es aplicable cuando, tras haber sido retirado el precinto del

²⁷ En este sentido, véase sentencia del TJUE de 23 de enero de 2019, Walbusch Walter Busch, C430/17, EU: C: 2019: 47; FJ 45.

²⁸ FJ 34.

²⁹ Sentencia de 10 de septiembre de 2014, Kušionová, C34/13, EU: C: 2014: 2189, apartado 77 y de 20 de septiembre de 2018, OTP Bank y OTP Faktoring, C51/17, EU: C: 2018: 750, apartado 54.

³⁰ FJs 34-39.

³¹ Apartado 33 de las conclusiones del abogado general.

embalaje, “el bien que contiene deja definitivamente de estar en condiciones de ser comercializado por razones de protección de la salud o de higiene”, puesto que la propia naturaleza de este bien hace imposible o excesivamente difícil que el comerciante adopte medidas que le permitan ponerlo de nuevo a la venta sin contravenir alguno de estos imperativos, deduciendo que, la excepción del art. 16, letra e), de la DDC no es aplicable a un colchón cuya protección ha sido retirada por el consumidor después de la entrega, al poder ser objetivo de limpieza en profundidad³². Por lo que interpreta el art. 16, letra e), de la DDC en el sentido de que el concepto de “bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega”, que figura en esta disposición, no comprende bienes como un colchón cuya protección ha sido retirada por el consumidor después de su entrega³³.

La sentencia del TJUE se apoya para llegar a esta conclusión en tres argumentos más concretos:

En primer lugar, acogiendo lo alegado por el órgano remitente, el TJUE afirma:

“En efecto, por un lado, no parece que el colchón, por el mero hecho de que pueda haber sido utilizado, deje definitivamente de estar en condiciones de ser nuevamente utilizado por un tercero o de ser nuevamente comercializado. A este respecto, basta con recordar que un mismo colchón sirve a sucesivos clientes de un hotel, que existe un mercado de ocasión para los colchones y que los colchones utilizados pueden ser objeto de una limpieza en profundidad”³⁴.

En relación con esta afirmación, la postura de la doctrina alemana en este caso, era considerar que los términos “que no sean aptos para ser devueltos” podrían indicar que el elemento decisivo es el estado como tal del bien, después de haber sido desprecintado por el consumidor, y no la determinación de si el comerciante podría posteriormente, mediante la

³² FJs 40-42. El órgano jurisdiccional remitente, señalaba: “esto puede suceder, por ejemplo, cuando, conforme a los usos comerciales, desde un principio no quepa un nuevo uso del bien por parte de terceros por razones de protección de la salud (medicamentos ya utilizados) o de higiene (cepillos de dientes, barras de labios, artículos eróticos) y ni siquiera las medidas de limpieza o de desinfección por parte del comerciante puedan hacerlo apto para una nueva venta como artículo de segunda mano, mercancía devuelta o similar”.

³³ FJ 48.

³⁴ FJ 42.

adopción de medidas de limpieza, devolver el bien a un estado en el que pueda volver a ponerse a la venta. En este mismo sentido, el gobierno belga alegó que:

“la posibilidad o no de limpiar los bienes que son objeto del art. 16.e) DDC constituye un criterio que no figura en esta disposición y que debería ser objeto de una interpretación estricta puesto que establece una excepción”.

Coincidimos con esta posición; de hecho, no se discute que en la prueba del colchón desprecintado hay contacto físico con el cuerpo humano, tampoco que esto puede afectar a la salud e higiene del siguiente adquirente, sino que quienes consideran que cabe el desistimiento, lo fundan en que una vez devuelto, el empresario puede limpiarlo para venderlo de nuevo; por lo que están admitiendo que la salud e higiene se pueden ver comprometidas con la devolución del colchón desprecintado, y para que ello no ocurra, imponen una carga al empresario, que no exige la norma.

Además, consideramos criticable equiparar la adquisición de un colchón para uso personal a la utilización de uno en un hotel, en el que, en principio, se encuentra protegido, al menos, con una sábana; además ni la causa, ni el objeto de la compraventa y del hospedaje coinciden. Tampoco entendemos que se facilite el desistimiento relativo a los colchones atendiendo a que la empresa pueda vender el bien en un mercado de ocasión, cuando con el derecho de desistimiento no se trata de que todos los bienes devueltos se vendan en mercados de segunda mano. En tal caso las pérdidas para la empresa originadas por el ejercicio de este derecho podrían ser cuantiosas; además, se trata de garantizar la salud e higiene, en cualquier tipo de mercado, de primera o de segunda mano.

Como segundo argumento concreto, afirma la sentencia del TJUE, que a efectos del derecho de desistimiento, un colchón puede asimilarse a una prenda de vestir, ya que como se desprende de los considerandos n.ºs 37 y 47 de la Directiva 2011/83, la intención del legislador de la Unión era permitir a los compradores de una prenda de vestir, en el contexto de una venta a distancia, probársela para “establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento” y, en su caso, al término de la prueba, ejercer su derecho de desistimiento devolviéndosela al comerciante. Continúa la sentencia:

“Pues bien, consta que muchas prendas de vestir, cuando se prueban conforme a su finalidad, pueden entrar en contacto directo con el cuerpo humano, y esta posibilidad tampoco puede descartarse en el caso de los colchones, que, no obstante, no están sujetos en

la práctica a requisitos de protección especial para evitar dicho contacto durante la prueba”³⁵.

Acoge así la sentencia, la interpretación del abogado general que asimila las prendas de vestir y los colchones, entendiéndolo que, aun en caso de contacto directo de esos bienes con el cuerpo humano, cabe presumir que el comerciante puede, después de su devolución por el consumidor y mediante un tratamiento de limpieza o desinfección, hacer que estén en condiciones de ser nuevamente utilizados por un tercero y, por tanto, ser de nuevo comercializados, sin contravenir los imperativos de protección de la salud o de higiene³⁶.

En relación con este argumento, entendemos, por un lado, que en el caso de prendas de vestir, se requiere su desprecintado para la prueba, en cambio, es posible probar un colchón con el precinto, que normalmente consiste en un plástico fino que lo envuelve. Por otra parte, hay determinadas prendas que el empresario precinta porque objetivamente su mera prueba puede afectar a la salud y, por supuesto, a la higiene del siguiente adquirente, por lo que no cabe ejercer el desistimiento una vez desprecintadas; así, es práctica habitual no permitir la devolución de ropa interior o ropa de baño desprecintada, previa advertencia del empresario, aun cuando no se pueda probar con el precinto; tal medida parece comprensible para un consumidor medio, que no quiere ver comprometida su salud o higiene.

En la normativa española, solo ante una situación de emergencia sanitaria, como la causada por la pandemia de la Covid-19, se ha exigido al empresario higienizar las prendas probadas antes de ponerlas a disposición del siguiente cliente³⁷, por lo que, por un lado, se ha constatado que con anterioridad a esta situación no se venía exigiendo y, por otro lado, se ha sentado un importante precedente en cuanto a la imposición al empresario del deber de limpieza de los bienes devueltos, ante la posibilidad de que quede afectada la salud o higiene del posterior consumidor; pero obsérvese, que se ha acordado ante una situación de emergencia sanitaria. Ello

³⁵ FJs 43-45.

³⁶ Apartado 34 de las conclusiones del abogado general.

³⁷ La salvaguarda del sector textil ha supuesto, incluso, que ante la pandemia de la Covid-19, en España no se impida ejercer el derecho del desistimiento del consumidor de prendas a distancia o en la tienda física si en este último supuesto, la empresa reconoce tal derecho. La orden SND/399/2020, de 9 de mayo (*BOE*, n.º 130, de 9 de mayo), en su art. 13.6 dispone: “En caso de que un cliente se pruebe una prenda que posteriormente no adquiera, el titular del establecimiento implementará medidas para que la prenda sea higienizada antes que sea facilitada a otros clientes. Esta medida será también aplicable a las devoluciones de prendas que realicen los clientes”.

lleva a pensar que la protección de la competitividad del sector textil y de los intereses económicos de los consumidores prima hasta el punto de no exigirse, en situación de normalidad, una limpieza de las prendas devueltas antes de comercializarlas de nuevo, ni al consumidor ni al empresario. El tratamiento de este sector, demasiado laxo, a nuestro parecer, no debiera extenderse a otros productos, como los colchones.

Como tercer argumento, alude la sentencia del TJUE a que, con arreglo al art. 14, apartado 2, de la DDC, en relación con su considerando n.º 47, el consumidor responde de toda depreciación de un bien que resulte de las manipulaciones que no sean necesarias para determinar la naturaleza, las características y el buen funcionamiento de este, sin que se le prive por ello de su derecho de desistimiento³⁸; acogiendo así la postura del abogado general, que consideró en sus conclusiones, que, en la medida en que el consumidor está autorizado a desistir y a devolver un bien, incluso, en caso de que lo haya deteriorado, debiendo indemnizar al comerciante³⁹, se confirma la tesis según la cual el art. 16, letra e), de dicha directiva se refiere únicamente a aquellos supuestos en los que es estrictamente imposible poner de nuevo a la venta un bien sin correr un riesgo real de perjudicar la salud o la higiene⁴⁰.

106

También esta argumentación es criticable, ya que no estamos tratando el caso de que el bien se haya depreciado por manipulaciones no necesarias del consumidor para decidir sobre su definitiva adquisición, caso en el que, además, ha de indemnizar al empresario; de seguirse esta interpretación, también debería concluirse que es el consumidor quien carga con la limpieza del bien, o el que debe indemnizar al empresario por el valor de su limpieza.

Atendiendo a los anteriores argumentos, el TJUE interpreta el art. 16, letra e), de la DDC en el sentido de que el concepto de

“bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega”,

³⁸ FJ 47.

³⁹ Art. 108.2 del TRLGDCU: “El consumidor y usuario sólo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer su naturaleza, sus características o su funcionamiento. En ningún caso será responsable de la disminución de valor de los bienes si el empresario no le ha informado de su derecho de desistimiento con arreglo al artículo 97.1.i)”.

⁴⁰ Apartado 35 de las conclusiones del abogado general. En cuanto al derecho de desistimiento y la depreciación del bien, véase STJUE, de 3 de septiembre de 2009, Messner, C489/07, EU: C: 2009: 502, apartado 29.

no comprende bienes como un colchón cuya protección ha sido retirada por el consumidor después de su entrega. Al responder negativamente a esta cuestión, no responde a las otras dos cuestiones prejudiciales que se planteaban. Sin embargo, por su importancia, nos referiremos a las mismas.

b) Sobre el concepto de bienes “precintados” en el sentido del art. 16, letra e), de la directiva 2011/83 (segunda cuestión prejudicial, letra a)

Mediante su segunda cuestión prejudicial, letra a), el órgano jurisdiccional remitente pretende que se determine, en esencia, qué características debe presentar un embalaje para que se pueda considerar que constituye un “precinto” en el sentido del art. 16, letra e), de la DDC, en caso de que el bien en cuestión pertenezca a la categoría de bienes “que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene”, que son el objeto de la excepción al derecho de desistimiento prevista en esta disposición. Ese órgano jurisdiccional se pregunta, más concretamente, si los bienes de este tipo deben embalsarse de tal manera que no solo se garantice que la retirada del precinto no pueda ser revertida, sino que, además, de las circunstancias (por ejemplo, mediante la impresión de la palabra ‘precinto’), se deduzca claramente que no se trata de un simple embalaje de transporte, sino de un precinto por razones de salud o higiene

En primer lugar, por lo que se refiere a las propiedades físicas de los embalajes susceptibles de calificarse como tales, es preciso observar que el concepto de ‘precintado’ que figura en el art. 16, letra e), de la DDC, no aparece definido. En sus conclusiones⁴¹, el abogado general expone que, como señala Slewo, el sentido que debe darse a este concepto no es necesariamente el mismo que el que se aplica a los términos idénticos utilizados, en un contexto diferente, en la letra i) de dicho art. 16, que se refiere al

“suministro de grabaciones sonoras o de vídeo precintadas o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor después de la entrega”.

En este caso, el consumidor no tiene derecho a probar el contenido digital que figura en los soportes de datos tangibles precintados (CD, DVD, etc.) durante el plazo de ejercicio de su derecho de desistimiento, por lo que entiende que la prohibición de devolver el bien después del desprecintado está relacionada con causas (tales como la posibilidad de

⁴¹ Apartado 42 de las conclusiones del abogado general.

un único uso o de realizar copias del contenido) distintas a la relativa a la alteración de la integridad del propio bien (razones de salud o de higiene), que justifica la excepción prevista en la letra e) de este mismo artículo.

Continúa el abogado general⁴² aludiendo al documento de orientación de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, de junio de 2014, relativo a la Directiva 2011/83/UE, que menciona un producto respecto del que

“existen razones legítimas de protección de la salud o de higiene para utilizar un precinto, que puede consistir en una envoltura o película protectora”;

y está de acuerdo con la opinión de Slewó, que alega que es preciso distinguir el “sobreembalaje”, cuya función es evitar que un bien pueda resultar dañado durante su almacenamiento o su transporte, como el cartón que contiene una crema facial, y “el embalaje de finalidad higiénica”, como la película extraíble de metal o de plástico que se halla habitualmente en la tapa del tarro de crema. En el caso específico de los colchones protegidos a la vez por un cartón y por una película plástica soldada, solo este último elemento, al garantizar la higiene del producto, constituiría un “precinto” en el sentido del art. 16, letra e), de la DDC⁴³. Compartimos plenamente tal apreciación.

Según el abogado general, para que un revestimiento protector pueda calificarse de “precinto” en el sentido de dicha disposición, es necesario que permita garantizar de manera fiable la limpieza del producto que contiene. Este criterio implica que dicho embalaje sea suficientemente resistente para preservarla y que no pueda abrirse sin que se dañe de manera visible⁴⁴.

En cuanto a si es preciso un marcado específico, tal y como lo contempla el órgano jurisdiccional remitente, que podría consistir en una impresión o una etiqueta especial que figure en el embalaje para advertir al consumidor de que el bien ha sido precintado por razones de protección de la salud o de higiene y que perderá su derecho de desistimiento si rompe dicho precinto, comparte el abogado general el punto de vista de Slewó y de la Comisión, según el cual nada indica que este criterio visual deba cumplirse, a efectos de la aplicación de esta disposición. Si el legislador de la Unión hubiera considerado necesario que el consumidor fuera

⁴² Apartado 43 de las conclusiones del abogado general.

⁴³ Apartado 44 de las conclusiones del abogado general.

⁴⁴ Apartado 45 de las conclusiones del abogado general. En cambio, considera excesivo exigir, como parece sugerir el gobierno italiano, que, para que un embalaje pueda calificarse como “precinto”, deba ser capaz de garantizar “la asepsia del producto, como es el caso de los productos esterilizados” (apartado 46 de las conclusiones).

informado en el momento de la entrega gracias a menciones incluidas en el embalaje del producto vendido, no cabe duda de que lo hubiera indicado⁴⁵. Todo ello, sin perjuicio de la información precontractual prevista en el art. 6, apartado 1 k) de la DDC, a la que nos referimos a continuación.

c) Información que debe proporcionar el comerciante, con arreglo al art. 6, apartado 1, letra k), de la directiva 2011/83, antes de que el consumidor quede vinculado por el contrato, en relación con la pérdida del derecho de desistimiento si desprecinta el bien (segunda cuestión prejudicial, letra b)

El art. 6.1, letra k), de la DDC, prevé que, “antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a distancia...”, el comerciante le facilitará de forma clara y comprensible una serie de informaciones y, en particular,

“cuando no se haya previsto un derecho de desistimiento con arreglo al artículo 16, la indicación de que al consumidor no le asiste un derecho de desistimiento o, cuando proceda, las circunstancias en las que el consumidor pierde el derecho de desistimiento”.

Esta cuestión planteada al TJUE, parte de la premisa de que el bien vendido a distancia está efectivamente precintado y no puede ser devuelto al vendedor por razones de protección de la salud y de higiene en el sentido del art. 16, letra e), de la DDC, por lo que no es objeto del derecho de desistimiento del que, en principio, el consumidor es beneficiario.

En esencia, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si, en esta situación, el comerciante debe indicar de forma concreta al consumidor, antes de concluir la venta, que perderá su derecho de desistimiento en caso de desprecintar el bien, con referencia expresa al objeto de la compraventa y al precinto del mismo o, bien, si puede informarlo únicamente de forma abstracta, limitándose a citar el texto de la DDC en las condiciones generales de contratación. El órgano jurisdiccional remitente considera que una simple cita podría ser de difícil comprensión para un lego en cuestiones jurídicas, lo que favorece la tesis según la cual, la obligación de información solo queda cumplida en aquellos casos en que el comerciante indique expresamente al consumidor, antes de que este quede vinculado por el contrato, con referencia concreta al objeto de la compraventa (en el presente asunto, un colchón) y al hecho de que existe un precinto y al tipo de precinto, que como consecuencia de la retirada de este se extingue el derecho de desistimiento.

⁴⁵ Apartados 47 y 48 de las conclusiones del abogado general.

Slewo alega que, en su estado actual, el texto del art. 6 exige únicamente informar al consumidor “antes” de que efectúe el pedido; bastaría facilitar una información precontractual general sobre el derecho de desistimiento, que incluya los posibles motivos de excepción tal y como los establece el legislador. Añade que el hecho de facilitar información detallada sobre este derecho junto a cada producto vendido sumiría al consumidor en una corriente de información inútil y que, en caso de adquirir varios productos, debería verificar para cada uno de ellos si podría verse privado de su derecho de desistimiento, en particular por el desprecintado, y que bastaría con facilitar información específica tras la celebración del contrato.

Sascha Ledowski no se pronuncia a este respecto, pues mantiene su respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial. Los gobiernos belga e italiano y la Comisión, con carácter subsidiario, proponen interpretar el art. 6, apartado 1, letra k) de la DDC, en el sentido de que el comerciante está obligado a indicar al consumidor expresamente que perderá su derecho de desistimiento en caso de retirar el precinto del bien en cuestión. Siendo esta última la postura que mantiene el abogado general en sus conclusiones.

Esta misma línea había seguido la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, en el documento de orientación relativo a la Directiva 2011/83/UE, al señalar:

“...para las excepciones que solo son de aplicación en determinadas circunstancias, la información exigida con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra k), debe facilitarse de forma adicional a la información exigida con arreglo al artículo 6, apartado 1, letras h) y j): Por ejemplo, para la comida enlatada y precintada en el sentido del artículo 16, letra e), el comerciante deberá informar al consumidor de las condiciones, plazos, etc. del desistimiento tal y como se establece en el artículo 6, apartado 1, letra h)... El comerciante deberá informar además al consumidor de que, por razones de protección de la salud y de higiene, el consumidor perderá el derecho de desistimiento si las latas se abren”.

Habida cuenta de los objetivos de la normativa en la que se inscribe el art. 6, apartado 1, letra k) de la DDC, el abogado general consideró que convendría interpretarlo en el sentido de que no se ajusta a los requisitos previstos en esta disposición el comerciante que se limita al reproducir el texto del art. 16, letra e), en sus condiciones generales, como ocurría en el presente asunto. En su opinión, el comerciante que desea efectuar ventas a distancia de bienes que están comprendidos en la categoría especialmente prevista en el art. 16, letra e), debería,

“estar obligado a indicar inmediatamente al consumidor de forma expresa y concreta que perderá el derecho de desistimiento que le asiste si lleva a cabo un acto preciso que tiene por efecto privarle de tal derecho, a saber, si desprecinta el bien en cuestión, haciendo referencia expresa a este bien determinado y al precinto del mismo”.

En la práctica, es posible que un consumidor decida no efectuar el pedido de un bien después de haber tomado conciencia de que la prueba de este último, una vez entregado, y su posible devolución están limitadas por el hecho de que este bien está precintado⁴⁶.

V. CONCLUSIONES

La aplicación de la exclusión contemplada en el art. 103 e) del TRLGD-CU, transposición del art. 16, letra e), de la DDC, que no permite al consumidor desistir en contratos en línea en casos de

“suministro de bienes precintados que no sean aptos para ser devueltos por razones de protección de la salud o de higiene y que hayan sido desprecintados tras la entrega”,

111

tiene como primera premisa que el bien haya sido entregado al consumidor precintado, ya por exigencias normativas, ya porque objetivamente, atendiendo a la naturaleza del bien, es conveniente tal precinto, puesto que la devolución sin precintado tras su prueba podría afectar a la salud o higiene de un posterior adquirente. Por precinto entendemos el embalaje con finalidad higiénica, como la película extraíble de metal o de plástico, suficientemente resistente para preservar la limpieza del producto y que no pueda abrirse sin que se dañe de manera visible.

En segundo lugar, conforme al art. 97.1.l) del TRLGD-CU, transposición del art. 6, apartado 1, letra k) de la DDC, el empresario debe advertir en la información precontractual, que el consumidor pierde su derecho de desistimiento si retira el precinto del producto, y ello, por razones de seguridad e higiene. Somos partidarios de que esta información haga referencia expresa al concreto bien, o a la concreta clase de bienes, respecto a los que la retirada del precinto excluye el desistimiento, y no se trate de una referencia genérica en condiciones generales de la contratación, sobre todo si la empresa comercializa distintos tipos de bienes. Con esta infor-

⁴⁶ Apartados 57-59 de las conclusiones del abogado general.

mación se hace posible que un consumidor decida no efectuar el pedido de un bien después de haber tomado conciencia de que la retirada del precinto para su prueba, impedirá el ejercicio del desistimiento. Faltando tal información, el derecho no prevé consecuencias en relación con el desistimiento, si bien somos partidarios de considerar que, atendiendo a la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, en beneficio del consumidor, ante tal omisión de información, este puede entender que tiene derecho a desistir y devolver el bien; por lo que si lo hiciera, aun cuando desprecintara el mismo para su prueba, el empresario no podría oponerle la excepción de la que no informó. Consideramos necesario regular expresamente las consecuencias de la falta de información acerca de la inexistencia del desistimiento o pérdida de tal derecho.

Una vez que el empresario ha precintado el bien por exigencias normativas o porque objetivamente se preserva la salud e higiene, y ha informado al consumidor debidamente de que si lo desprecinta no puede ejercer el desistimiento, el consumidor pierde tal derecho si desprecinta el bien, y el empresario podrá oponerse a su ejercicio, aun cuando sea posible volver a comercializar el bien tras una limpieza del mismo. La interpretación del TJUE en la sentencia comentada, conforme a la cual, la excepción al derecho de desistimiento prevista en el art. 16, letra e), de la DDC solo es aplicable cuando, tras haber sido retirado el precinto del embalaje, la propia naturaleza del bien hace imposible o excesivamente difícil que el comerciante adopte medidas de limpieza que le permitan ponerlo de nuevo a la venta, lo que parece en exceso estricta. La norma no se refiere, en ningún caso, al deber de limpieza por parte del empresario. Tal exigencia está presuponiendo que el bien devuelto no era apto para su comercialización por razones de seguridad e higiene, por lo que sería aplicable la exclusión del desistimiento; además, el costo de la limpieza lo podrán asumir las empresas más potentes en el mercado, pero para otras supondrá un coste excesivo.

Atendiendo a lo expuesto, consideramos que cuando un bien se encuentra precintado porque la norma lo exige o porque objetivamente, de probarse sin precinto, puede quedar afectada la salud e higiene del posterior adquirente, el empresario puede oponerse al ejercicio del desistimiento si el consumidor ha desprecintado el bien, siempre y cuando, el consumidor en la fase precontractual haya sido debidamente informado de la pérdida del derecho, y ello, con independencia de que el bien pueda comercializarse de nuevo, previa limpieza por el empresario. La exigencia del TJUE, relativa a la imposibilidad o excesiva dificultad de limpieza y comercialización del bien para aplicar la excepción, no se encuentra contemplada en la normativa europea, ni en su transposición por la española, por lo que es precisa una regulación más detallada de los presupuestos

para la aplicación de la excepción al derecho de desistimiento que ha sido objeto de estudio.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BERCOVITZ, Alberto (2003). “Marco histórico de la protección al consumidor: de los orígenes al siglo XXI”. *Estudios sobre Consumo*, INC, n.º 65.
- CAMACHO PEREIRA, Consuelo (2015). “Nuevos plazos para el ejercicio del derecho de desistimiento por el consumidor y devolución de las prestaciones en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2.
- CARRASCO PERERA, Ángel (2002). *El derecho de consumo en España: presente y futuro*. Madrid: Instituto Nacional de Consumo.
- COSTAS RODAL, Lucía (2015). “La protección de los consumidores en la contratación a distancia y fuera del establecimiento tras la reforma del TRLCU/2007 por Ley 3/2014, de 27 de marzo”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 5/2015.
- DIÉGUEZ OLIVA, Rocío (2009). “El derecho de desistimiento en el marco común de referencia”. *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, n.º 2.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio (2011). “Derecho de desistimiento”, en Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO (dirs.). *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007): adaptado a las reformas introducidas por las Leyes 25/2009 y 29/2009*. Madrid: Iustel. Libro segundo.
- EIDENMÜLLER, Horst, Florian FAUST, Hans Christoph GRIGORLEIT, Nils JANSEN, Gerhard WAGNER, Reinhard ZIMMERMANN (2012). “Hacia una revisión del aquis de consumo”, en Sergio CÁMARA LAPUENTE y Esther ARROYO I AMAYUELAS (coords.). *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un derecho europeo de la compraventa*. Madrid: Civitas.
- LARROSA AMANTE, Miguel Ángel (2011). *Derecho de consumo: protección legal del consumidor*. 2ª edición. Madrid: El Derecho.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010). *Los contratos. Parte general*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- LLORENTE SAN SEGUNDO, Inmaculada (2013). “La adaptación de la normativa reguladora del derecho de desistimiento a las exigencias de la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, octubre.
- MARTÍNEZ DE MORENTIN, María Lourdes (2014). “Sobre la construcción del principio pacta sunt servanda y rebus sic stantibus, su aplicación a los contratos y estado actual de la cuestión”. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, n.º 6.

- MOMBERG, Rodrigo (2010). “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato”. *Revista de derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXVI, n.º 1.
- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles (2015). “Riesgo imprevisible y modificación de los contratos”. *InDret, Revista para el análisis del derecho*, n.º 4.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel, María del Carmen GARCÍA GARNICA, Pedro ROBLES LATORRE y Fernando ESTEBAN DE LA ROSA (2001). “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”. *Estudios sobre Consumo*, n.º 57.
- ROTT, PETER (2012). “More coherence? A higher level of consumer protection? A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/EU”. *Revue européenne de droit de la consommation*, nr. 3.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia (2009). “Comentario al art. 97 TRLGCU”, en Alberto BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (coord.). *Comentario del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Navarra: Aranzadi.
- Documento de orientación, en junio de 2014, relativo a la directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011. Comisión europea, DG Justicia, junio de 2014. Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/crd_guidance_es.pdf [fecha de consulta: 4 de febrero de 2020].

Normas citadas

- Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo. *DO* L 144, de 4 de junio de 1997.
- Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. *DOUE* L 304/64, de 22 de noviembre de 2011.
- Ley 3/2014, de 27 de marzo, *BOE* n.º 76, de 28 de marzo de 2014.
- Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. *BOE*, n.º 15, de 17 de enero de 1996.
- Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. *BOE*, n.º 176, de 24 de julio de 1984.
- Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea, para una Política de protección e información de los consumidores, 14 de abril de 1975. *DO* C 92, de 25 de abril de 1975.
- Real decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el *Código Civil*. *Gaceta de Madrid*, n.º 206, de 25 de julio de 1889.

Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. *BOE*, n.º 287, de 30 de noviembre de 2007.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada: *DO C* 326, de 26 de octubre de 2012.

Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001. *DO C* 80, de 10 de marzo de 2001.

Jurisprudencia citada

Slewo vs. Sr. Sascha Ledowski. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de marzo de 2019, asunto C681/17.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	artículo	
arts.	artículos	
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>	
CD	Compact Disc	
CE	Comunidad Europea	
CEE	Comunidad Económica Europea	115
coord.	coordinador	
coords.	coordinadores	
DDC	Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.	
DF	Disposición final	
<i>DO</i>	<i>Diario Oficial</i>	
<i>DOUE</i>	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>	
DVD	Disco Versátil Digital	
etc.	etcétera	
Fj	Fundamento jurídico	
Fjs.	Fundamentos jurídicos	
Internet	International Network of Computers	
https	Hypertext Transfer Protocol Secure	
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios	
LOCM	Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista	
n.º <i>a veces</i> nr.	número	

p.	página
pp.	páginas
pymes	pequeñas y medianas empresas
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
UE <i>a veces</i> EU	Unión Europea
vol.	volumen
vs.	versus