



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



EXCMO. SR.:

Tengo el honor de dar traslado a V.E. del escrito de remisión y la documentación relativa al Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Madrid, 16 de octubre de 2013



EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS



MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

EXCMO. SR.:

En cumplimiento del Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en su reunión del día 11 de octubre de 2013, tengo el honor de remitir a V.E., en nombre del Gobierno, el Proyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, acompañado de la siguiente documentación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 de la Constitución:

- Memoria del análisis de impacto normativo.
- Informe de la Comisión Nacional de la Competencia.
- Informe de la Agencia Española de Protección de Datos.
- Informe del Consejo de Consumidores y Usuarios.
- Dictamen del Consejo de Estado.

Madrid, 16 de octubre de 2013



LA VICEPRESIDENTA Y MINISTRA DE LA
PRESIDENCIA

Soraya Sáenz de Santamaría Antón

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS.





REF.:

REF C.M.:

PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, procedió a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que incidían en los aspectos regulados en ella, en cumplimiento de la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

Con fecha 22 de noviembre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la 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.

La citada directiva procede a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos





celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

La directiva supone un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación de un mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo que crean obstáculos significativos en el mercado interior. Con esta finalidad, la directiva amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados bajo un enfoque de armonización plena, con excepciones puntuales, e introduce modificaciones sustanciales en la vigente normativa europea en materia de contratos con los consumidores y usuarios, recogida en nuestro derecho interno a través del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

En consecuencia, mediante esta ley se procede a modificar el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a fin de transponer al derecho interno la Directiva 2011/83/UE.

Los criterios seguidos en la transposición se han basado, preferentemente, en la fidelidad al texto de la directiva y en el principio de mínima reforma de la actual normativa.

II

En el ámbito de las modificaciones de carácter legal necesarias para transponer la directiva, cabe mencionar, en primer lugar, las definiciones armonizadas que recoge la nueva ley. El concepto de consumidor y usuario engloba a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores y usuarios a efectos de la ley, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

En cuanto al concepto de empresario, se define como tal a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o





siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.

La nueva ley supone un reforzamiento de la información al consumidor y usuario, a través de la ampliación de los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos con consumidores y usuarios, que en el caso de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento del empresario han sido objeto de plena armonización por parte de la directiva. Así, entre las nuevas obligaciones de información precontractual que asumen los empresarios están las de informar a los consumidores y usuarios de la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que, en su caso, tengan que pagar o aportar a solicitud del empresario, incluidas aquellas por las que se bloquee un importe en la tarjeta de crédito o débito del consumidor y usuario. También deberán informar de la existencia de la garantía legal de conformidad de los bienes, así como de la existencia y condiciones de los servicios posventa y de las garantías comerciales que otorguen, en su caso. Además, en los contratos de suministro de contenido digital, deberán informar de las distintas formas de utilización del mismo y de cualquier limitación técnica, como son la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional, así como de toda interoperabilidad relevante con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa razonablemente esperar que deba conocer, con objeto de describir la información relativa a los aparatos y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible, por ejemplo el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos.

En los contratos a distancia, se adaptan los requisitos de información para tener en cuenta las restricciones técnicas de ciertos medios de comunicación, como las limitaciones de número de caracteres en determinadas pantallas de teléfono móvil o de tiempo en los anuncios de ventas televisivos. En tales casos, el empresario deberá respetar un conjunto mínimo de requisitos de información y remitir al consumidor y usuario a otra fuente de información, por ejemplo facilitando un número de teléfono gratuito o un enlace a una página web del empresario donde la información pertinente esté directamente disponible y sea fácilmente accesible.



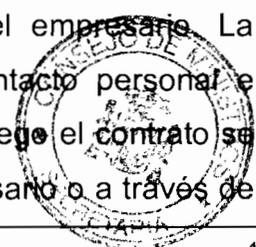


La ley regula igualmente los requisitos formales de los contratos a distancia y de los celebrados fuera del establecimiento, y contempla como novedad la exigencia de que los sitios web de comercio indiquen de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de suministro y cuáles son las modalidades de pago que se aceptan.

Por otra parte, los requisitos de información exigibles con arreglo a esta ley vienen a completar los requisitos de información que se establecen en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Se incorpora al texto refundido una nueva definición de contrato a distancia que abarca todos los casos en que los contratos se celebran entre el empresario y el consumidor y usuario en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de una o varias técnicas de comunicación, como pueden ser la venta por correo, Internet, teléfono o fax, hasta el momento en que se celebra el contrato y con inclusión de ese momento. Dicha definición abarca también las situaciones en las que el consumidor y usuario únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia. El concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia incluye los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del empresario pero utilizado por éste, como una plataforma en línea. No obstante, no cubre los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto.

La nueva definición de contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil que incorpora la ley se justifica en el hecho de que, fuera del establecimiento, el consumidor y usuario podría estar bajo posible presión psicológica o verse enfrentado a un elemento de sorpresa, independientemente de que haya solicitado o no la visita del empresario. La definición abarca también aquellas situaciones en que se establece contacto personal e individual con el consumidor y usuario fuera del establecimiento, aunque luego el contrato se celebre inmediatamente después en el establecimiento mercantil del empresario o a través de



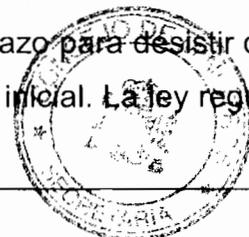


un medio de comunicación a distancia. Las compras realizadas en el curso de una excursión organizada por el empresario durante la cual éste promociona y vende los productos que se adquieren, se consideran también contratos celebrados fuera del establecimiento.

La ley incorpora al texto refundido el concepto de establecimiento mercantil, que comprende todo tipo de instalaciones (como tiendas, puestos o camiones) que sirvan al empresario como local de negocios permanente o habitual. Si cumplen esta condición, los puestos de mercados y los stands de ferias se consideran también como establecimientos mercantiles. Asimismo, se considera un establecimiento mercantil la instalación de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma estacional, por ejemplo, durante la temporada turística en una estación de esquí o en una zona de playa, puesto que el empresario ejerce allí su actividad de forma habitual. Sin embargo, los espacios accesibles al público, como calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos, que el empresario utilice de forma excepcional para su actividad empresarial, así como los domicilios privados o lugares de trabajo, no se consideran establecimientos mercantiles.

La ley procede a regular conjuntamente los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, siguiendo la técnica jurídica utilizada por la Directiva. De esta forma, se hace preciso modificar el libro II del texto refundido, unificando la regulación de ambos tipos de contratos en su título III, lo que conlleva la eliminación del título V, cuya denominación y contenido pasa ahora al título IV.

Las modificaciones introducidas por la ley suponen una regulación más amplia del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento, que incorpora un formulario normalizado al respecto que el consumidor y usuario podrá utilizar opcionalmente, al tiempo que se amplía el plazo para su ejercicio a catorce días naturales, que se aplicará de conformidad con el Reglamento (CEE, Euratom) nº 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos. Además, en caso de que el empresario no facilite al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, se amplía el plazo para desistir del contrato hasta doce meses después de la fecha de expiración del periodo inicial. La ley regula





igualmente las obligaciones que asumen ambas partes del contrato en caso de desistimiento, así como los efectos del mismo respecto a los contratos complementarios.

Por otra parte, la ley contempla la posibilidad de que el empresario ofrezca al consumidor y usuario la opción de cumplimentar el formulario de desistimiento en línea, en cuyo caso deberá proporcionar sin demora indebida un acuse de recibo, por ejemplo, por correo electrónico.

La ley establece también disposiciones generales que tratan de la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores y usuarios, como son la entrega del bien comprados, los cargos por la utilización de medios de pago, la transferencia al consumidor y usuario del riesgo de pérdida o deterioro de los bienes, las comunicaciones telefónicas y los pagos adicionales.

Con respecto a la entrega de los bienes, la ley prevé que en aquellos casos en que el empresario no ha hecho entrega de los mismos en el plazo convenido con el consumidor y usuario, éste último, antes de poder resolver el contrato, debe emplazar al empresario a que le haga la entrega en un plazo adicional razonable y tendrá derecho a resolver el contrato si el empresario tampoco entrega los bienes en dicho plazo adicional.

En relación con el uso de medios de pago por parte de los consumidores y usuarios, se prohíbe a los empresarios el cobro de cargos que excedan el coste soportado por éstos por el uso de tales medios de pago.

En cuanto al riesgo de pérdida o deterioro de los bienes, la ley establece disposiciones dirigidas a proteger al consumidor y usuario de todo riesgo que pueda tener lugar antes de que haya adquirido la posesión material de los mismos.

En el caso de los contratos telefónicos, si el empresario llama por teléfono al consumidor y usuario para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objetivo comercial de la misma. Además, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de





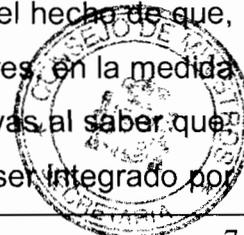
naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms.

Otra novedad que recoge la ley, referida en este caso a los pagos adicionales, es la obligación que se impone al empresario de que antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta, aquel deberá obtener su consentimiento expreso para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal y si el empresario no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor y usuario, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que el consumidor y usuario debe rechazar para evitar el pago adicional, éste tendrá derecho al reembolso de dicho pago.

III

En otro orden de cosas, la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.

El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por





el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.

Asimismo, se procede a corregir el error detectado en la redacción del artículo 20 del texto refundido, con objeto de adecuarlo al artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, lo que conlleva la modificación de sus artículos 19 y 20.

De igual modo, se modifica, mediante la disposición final primera de esta ley, el párrafo f) del artículo 5.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para su adecuación al artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE.

Los cambios legales que para transponer la Directiva es preciso introducir en nuestro ordenamiento jurídico alcanzan también a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En consecuencia, mediante la disposición final segunda se recogen las modificaciones necesarias en la citada ley, al tiempo que se derogan sus artículos 39 a 48, con objeto de evitar la confusión que genera la existencia de un régimen duplicado para los contratos de venta a distancia en esta norma y en la citada ley, cuyo contenido sobre venta a distancia resulta desfasado.

La ley deroga igualmente el apartado 4 del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuyas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se transpone.





IV

La ley se estructura en una exposición de motivos, un artículo único que se divide en veintidós apartados, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, y cuatro disposiciones finales.

Artículo único. *Modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.*

El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, queda modificado como sigue:

Uno. Se modifica el artículo 3 que queda redactado en los siguientes términos:

“Artículo 3. Concepto general de consumidor y de usuario.

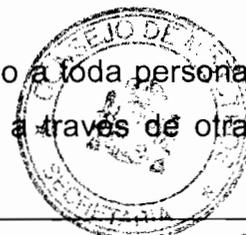
A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

Dos. Se modifica el artículo 4 que queda redactado como sigue:

“Artículo 4. Concepto de empresario.

A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra





persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”

Tres. Se modifica el apartado 4 del artículo 19 que queda redactado en los siguientes términos:

“4. Las normas previstas en esta ley en materia de prácticas comerciales y las que regulan las prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, comercio electrónico, inversión colectiva en valores mobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación y cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias prevalecerán en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales.

El incumplimiento de las disposiciones a que hace referencia este apartado será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley de Competencia Desleal en relación con las prácticas engañosas reguladas en los artículos 20 a 27 de dicha ley.”

Cuatro. Se modifica el apartado 2 del artículo 20 que queda redactado en los siguientes términos:

“2. El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior será considerado práctica desleal por engañosa en iguales términos a los que establece el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal.”

Cinco. Se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 21 que quedan redactados de siguiente modo:



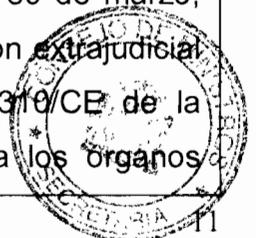


“2. Las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor y usuario deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones, mediante la entrega de una clave identificativa y un justificante por escrito o en cualquier otro soporte duradero. Si tales servicios utilizan la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance.

En caso de que el empresario ponga a disposición de los consumidores y usuarios una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el uso de tal línea no podrá suponer para el consumidor y usuario un coste superior a la tarifa básica, sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas. A tal efecto, se entiende por tarifa básica el coste ordinario de la llamada de que se trate, siempre que en ningún caso incorpore un importe adicional en beneficio del empresario.

3. En todo caso, y con pleno respeto a lo dispuesto en los apartados precedentes, los empresarios pondrán a disposición de los consumidores y usuarios información sobre la dirección postal, número de teléfono y número de fax o dirección de correo electrónico en la que el consumidor y usuario, cualquiera que sea su lugar de residencia, pueda interponer sus quejas y reclamaciones o solicitar información sobre los bienes o servicios ofertados o contratados. Los empresarios comunicarán su dirección legal si esta no coincide con su dirección habitual para la correspondencia.

Los empresarios deberán dar respuesta a las reclamaciones recibidas en el plazo más breve posible y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la presentación de la reclamación. En caso de que en dicho plazo ésta no hubiera sido resuelta satisfactoriamente, los empresarios adheridos a un sistema extrajudicial de resolución de conflictos facilitarán al consumidor y usuario el acceso al mismo cuando éste reúna los requisitos previstos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo y en la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos





extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo o normativa que resulte de aplicación y, como tales, hayan sido notificados a la red comunitaria de órganos nacionales de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo.”

Seis. Se modifica el apartado 2 del artículo 59 que queda redactado en los siguientes términos:

“2. Los contratos con consumidores y usuarios se registrarán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos.

La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, la regulación sectorial podrá elevar el nivel de protección conferido por esta ley siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea.”

Siete. Se añade el artículo 59 bis con la siguiente redacción:

“Artículo 59 bis. *Definiciones.*

1. A los efectos de este libro se entenderá por:

a) «contrato de venta»: todo contrato en virtud del cual el empresario transmita o se comprometa a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, incluido cualquier contrato cuyo objeto esté constituido a la vez por bienes y servicios.





b) «contrato de servicios»: todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y éste pague o se comprometa a pagar su precio.

c) «contrato complementario»: un contrato por el cual el consumidor y usuario adquiera bienes o servicios sobre la base de otro contrato celebrado con un empresario, incluidos los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento, y dichos bienes o servicios sean proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario.

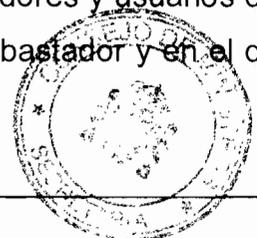
d) «establecimiento mercantil»: toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual.

e) «bienes elaborados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario»: todo bien no prefabricado para cuya elaboración sea determinante una elección o decisión individual por parte del consumidor y usuario.

f) «soporte duradero»: todo instrumento que permita al consumidor y usuario y al empresario almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene la consideración de soporte duradero el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, así como los correos electrónicos.

g) «servicio financiero»: todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión privada, de inversión o de pago.

h) «subasta pública»: procedimiento de contratación transparente y competitivo en virtud del cual el empresario ofrece bienes o servicios a los consumidores y usuarios que asistan o puedan asistir a la subasta en persona, dirigido por un subastador y en el que el adjudicatario esté obligado a comprar los bienes o servicios.





i) contenido digital»: los datos producidos y suministrados en formato digital.

j) «garantía comercial»: todo compromiso asumido por un empresario o un productor (el «garante») frente al consumidor y usuario, además de sus obligaciones legales con respecto a la garantía de conformidad, de reembolsar el precio pagado, sustituir o reparar el bien o prestar un servicio relacionado con él, en caso de que no se cumplan las especificaciones o cualquier otro elemento no relacionado con la conformidad del bien con el contrato, enunciados en el documento de garantía o en la publicidad correspondiente, disponible en el momento o antes de la celebración del contrato.

2. A los efectos de este libro, título I, capítulo I, artículos 66 bis y 66 ter y del título III, se consideran bienes a las cosas muebles corporales, excepto los vendidos por la autoridad correspondiente tras un embargo u otra medida similar. El agua, el gas y la electricidad se considerarán «bienes» cuando estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas.”

Ocho. Se modifica el artículo 60 que queda redactado en los siguientes términos:

“Artículo 60. *Información previa al contrato.*

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.





b) La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.

c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.

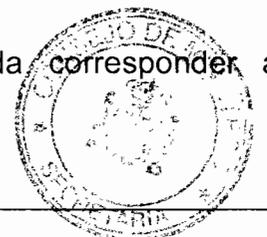
d) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

e) Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales.

f) La duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución.

g) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

h) La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.





i) La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables.

j) Toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca.

k) El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4.

3. El apartado 1 se aplicará también a 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—, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material.

4. La información precontractual debe facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano.”

Nueve. Se adiciona el artículo 60 bis con la siguiente redacción:

“Artículo 60 bis. *Pagos adicionales.*

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato u oferta, el empresario deberá obtener su consentimiento expreso para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del empresario. Estos suplementos opcionales se comunicarán de una manera clara y comprensible y su aceptación por el consumidor y usuario se realizará sobre una base de opción de inclusión. Si el empresario no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor y usuario, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que éste debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de dicho pago.





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

Diez. Se adiciona el artículo 60 ter con la siguiente redacción:

“Artículo 60 ter. *Cargos por la utilización de medios de pago.*

1. Los empresarios no podrán facturar a los consumidores y usuarios, por el uso de determinados medios de pago, cargos que superen el coste soportado por el empresario por el uso de tales medios.

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

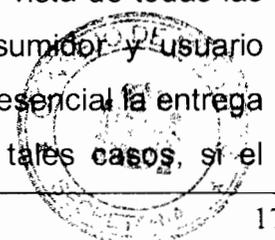
Once. Se adiciona el artículo 66 bis con la siguiente redacción:

“Artículo 66 bis. *Entrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta.*

1. Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor y usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato.

2. Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato.

Lo dispuesto en este apartado no será aplicable cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor y usuario informe al empresario, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el





empresario no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor y usuario, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato.

3. Cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y usuario en virtud del mismo. En caso de retraso injustificado en cuanto a la devolución de las cantidades, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad.

4. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los plazos a que se refiere este artículo.”

Doce. Se adiciona el artículo 66 ter con la siguiente redacción:

“Artículo 66 ter. *Transmisión del riesgo.*

Cuando el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor y usuario con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste.”

Trece. Se adiciona el artículo 66 quáter con la siguiente redacción:

“Artículo 66 quáter. *Prohibición de envíos y suministros no solicitados.*

1. Queda prohibido el envío y el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas o electricidad, de calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital





o de prestación de servicios no solicitados por él, cuando dichos envíos y suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza.

En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el consumidor y usuario receptor no estará obligado a su devolución o custodia, ni podrá reclamársele pago alguno. En tal caso, la falta de respuesta del consumidor y usuario a dicho envío, suministro o prestación de servicios no solicitados no se considerará consentimiento.

2. Si el consumidor y usuario decide devolver los bienes recibidos no responderá por los daños o deméritos sufridos, y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado.”

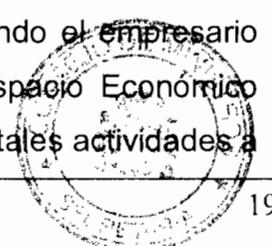
Catorce. Se modifica el artículo 67 que queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 67. *Normas de derecho internacional privado.*

1. La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores y usuarios se determinará por lo previsto en el Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), así como por las demás disposiciones del Derecho de la Unión Europea que les sean de aplicación. Cuando no se haya podido determinar el contenido de la ley extranjera, se aplicará subsidiariamente la ley material española.

2. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a





uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

3. Las normas de protección en materia de garantías contenidas en los artículos 114 a 126 ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.”

Quince. Se modifica el artículo 71 que queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 71. *Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento.*

1. El consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento.

2. Siempre que el empresario haya cumplido con el deber de información y documentación establecido en el artículo 69.1, el plazo a que se refiere el apartado anterior se computará desde la recepción del bien objeto del contrato o desde la celebración de éste si el objeto del contrato fuera la prestación de servicios.

3. Si el empresario no hubiera cumplido con el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento, el plazo para su ejercicio será de doce





meses a contar desde que se entregó el bien contratado o se hubiera celebrado el contrato si el objeto de éste fuera la prestación de servicios.

Si el deber de información y documentación se cumple durante el citado plazo de doce meses, el plazo legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empezará a contar desde ese momento.

4. Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento.”

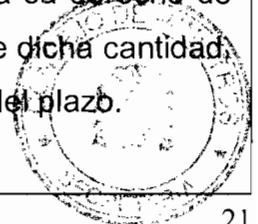
Dieciséis. Se adiciona el artículo 76 bis con la siguiente redacción:

“Artículo 76 bis. *Efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios.*

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, el ejercicio, por parte del consumidor y usuario de su derecho de desistimiento conforme a las disposiciones de esta ley, tendrá por efecto la extinción automática y sin coste alguno para el consumidor y usuario de todo contrato complementario, excepto los contemplados en los artículos 107.2 y 108 de esta norma.

2. Ejercido el derecho de desistimiento sobre el contrato principal, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas en virtud del contrato complementario, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que el consumidor y usuario haya informado al empresario de su decisión de desistir del contrato principal.

En el supuesto de que el empresario no reintegre todas las cantidades abonadas en virtud del contrato complementario en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo.





El consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien.

3. En caso de que al consumidor y usuario le sea imposible devolver la prestación objeto del contrato complementario por pérdida, destrucción u otra causa que le sea imputable, responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste.

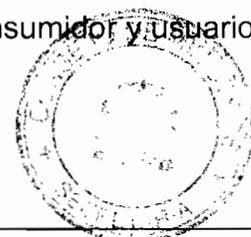
4. Cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento del contrato principal, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos.

5. Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación a los contratos complementarios de otros celebrados a distancia o fuera del establecimiento, regulados en el título III del libro II de esta ley.”

Diecisiete. Se modifica el artículo 77 que queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 77. Desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario.

Cuando se ejercite el derecho de desistimiento en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor y usuario, incluidos los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, y el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario.”





Dieciocho. Se modifica el párrafo b) del apartado 1 del artículo 80, que queda redactado en los siguientes términos:

“b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.”

Diecinueve. Se modifica el artículo 83 que queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 83. *Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.*

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.”

Veinte. En el libro II se modifica el título III y se suprime el contenido del título IV, pasando el título V a enumerarse como IV. El título III queda redactado en los siguientes términos:

“TÍTULO III

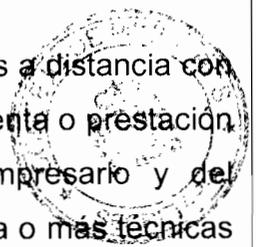
Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 92. *Ámbito de aplicación.*

1. Se registrarán 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.

2. Las disposiciones de este título serán también de aplicación a los siguientes contratos celebrados con consumidores y usuarios fuera del establecimiento mercantil:

a) Contratos celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario.

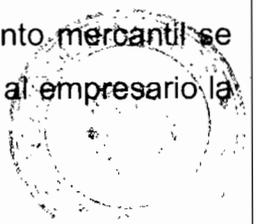
b) Contratos en los que el consumidor y usuario ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a).

c) Contratos celebrados en el establecimiento mercantil del empresario o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor y usuario en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor y usuario.

d) Contratos celebrados durante una excursión organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor y usuario.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 y del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en este título, serán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor y usuario.

4. Todos los contratos y ofertas celebrados fuera del establecimiento mercantil se presumen sometidos a las disposiciones de este título, correspondiendo al empresario la prueba en contrario.





Artículo 93. *Excepciones.*

La regulación establecida en este título no será de aplicación:

a) A los contratos de servicios sociales, incluidos la vivienda social, el cuidado de los niños y el apoyo a familias y personas necesitadas, temporal o permanentemente, incluida la atención a largo plazo.

b) A los contratos de servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios, con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias.

c) A los contratos de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas.

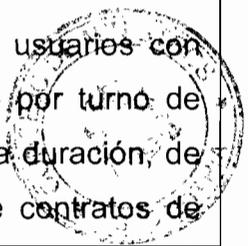
d) A los contratos de servicios financieros.

e) A los contratos de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos.

f) A los contratos para la construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial de edificios existentes y el alquiler de alojamientos para su uso como vivienda.

g) A los contratos relativos a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados regulados en esta ley.

h) A los contratos relativos a la protección de los consumidores y usuarios con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio regulados en la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de



Handwritten marks and a signature at the bottom left of the page.



aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.

i) A los contratos que, con arreglo a la legislación vigente, deban celebrarse ante un fedatario público, obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor y usuario celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico.

j) A los contratos para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, suministrados físicamente por un empresario mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor y usuario.

k) A los contratos de servicios de transporte de pasajeros, sin perjuicio de la aplicación del artículo 98.2.

l) A los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas.

m) A los contratos celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, Internet o fax por parte de un consumidor y usuario.

Artículo 94. *Comunicaciones comerciales y contratación electrónica.*

En las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica y en la contratación a distancia de bienes o servicios por medios electrónicos, se aplicará además de lo dispuesto en este título, la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.





Cuando lo dispuesto en este título entre en contradicción con el contenido de la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, ésta será de aplicación preferente, salvo lo previsto en el artículo 97.7, párrafo segundo.

Artículo 95. Servicios de intermediación en los contratos a distancia.

Los operadores de las técnicas de comunicación a distancia, entendiéndose por tales a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que sean titulares de las técnicas de comunicación a distancia utilizadas por los empresarios, están obligados a procurar, en la medida de sus posibilidades y con la diligencia debida, que éstos respeten los derechos que este título reconoce a los consumidores y usuarios y cumplan las obligaciones que en él se les imponen.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será exigible a los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información, que se regirán por lo previsto en la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico.

Artículo 96. Comunicaciones comerciales a distancia.

1. En todas las comunicaciones comerciales a distancia deberá constar inequívocamente su carácter comercial.

2. En el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente, al inicio de cualquier conversación con el consumidor y usuario, la identidad del empresario, o si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar la finalidad comercial de la misma.

3. La utilización por parte del empresario de las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o el telefax necesitará el consentimiento expreso previo del consumidor y usuario.





4. En todo caso, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre protección de los menores y respeto a la intimidad. Cuando para la realización de comunicaciones comerciales se utilicen datos personales sin contar con el consentimiento del interesado, se proporcionará al destinatario la información que señala el artículo 30.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y se ofrecerá al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas.

CAPÍTULO II

Información precontractual y contratos

Artículo 97. *Información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.*

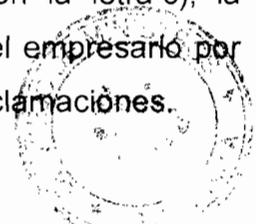
1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el empresario le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información:

a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

b) La identidad del empresario, incluido su nombre comercial.

c) La dirección completa del establecimiento del empresario y el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del mismo, cuando proceda, con objeto de que el consumidor y usuario pueda ponerse en contacto y comunicarse con él de forma rápida y eficaz, así como, cuando proceda, la dirección completa y la identidad del empresario por cuya cuenta actúa.

d) Si es diferente de la dirección facilitada de conformidad con la letra c), la dirección completa de la sede del empresario y, cuando proceda, la del empresario por cuya cuenta actúa, a la que el consumidor y usuario puede dirigir sus reclamaciones.





e) El precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro gasto o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales. En el caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que incluya una suscripción, el precio incluirá el total de los costes por período de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total también significará el total de los costes mensuales. Cuando no sea posible calcular razonablemente de antemano el coste total, se indicará la forma en que se determina el precio.

f) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica.

g) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario.

h) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación;

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.

j) Cuando proceda, la indicación de que el consumidor y usuario tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de la devolución de los mismos.





k) En caso de que el consumidor y usuario ejercite el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud con arreglo al artículo 98.8 o al artículo 99.3, la información de que en tal caso el consumidor y usuario deberá abonar al empresario unos gastos razonables de conformidad con el artículo 108.3.

l) Cuando con arreglo al artículo 103 no proceda el derecho de desistimiento, la indicación de que al consumidor y usuario no le asiste, o las circunstancias en las que lo perderá cuando le corresponda.

m) Un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes.

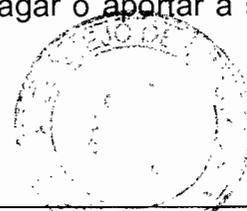
n) Cuando proceda, la existencia de asistencia posventa al consumidor y usuario, servicios posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones.

o) La existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso. A tal efecto, se entiende por código de conducta el acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, en el que se define el comportamiento de aquellos empresarios que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos.

p) La duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución.

q) Cuando proceda, la duración mínima de las obligaciones del consumidor y usuario derivadas del contrato.

r) Cuando proceda, la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor y usuario tenga que pagar o aportar a solicitud del empresario.





s) Cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables.

t) Cuando proceda, toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer.

u) Cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de reclamación y resarcimiento al que esté sujeto el empresario y los métodos para tener acceso al mismo.

2. El apartado 1 se aplicará también a los contratos para el suministro de agua, gas, electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material.

3. En las subastas públicas, la información a que se refiere el apartado 1. b), c) y d), podrá ser sustituida por los datos equivalentes del subastador.

4. La información contemplada en el apartado 1. i), j) y k) podrá proporcionarse a través del modelo de documento de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento establecido en el anexo A. El empresario habrá cumplido los requisitos de información contemplados en el apartado 1. i), j) y k), cuando haya proporcionado dicha información correctamente cumplimentada.

5. La información a que se refiere el apartado 1 formará parte integrante del contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario.

6. Si el empresario no cumple los requisitos de información sobre gastos adicionales u otros costes contemplados en el apartado 1. e), o sobre los costes de devolución de los bienes contemplados en el apartado 1. j), el consumidor y usuario no deberá abonar dichos gastos o costes.



7. Los requisitos de información establecidos en este capítulo se entenderán como adicionales a los requisitos que figuran en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, si una disposición general o sectorial sobre prestación de servicios, incluidos los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, relativa al contenido o el modo en que se debe proporcionar la información entrara en conflicto con alguna disposición de esta ley, prevalecerá la disposición de esta ley.

8. La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este artículo incumbirá al empresario.

Artículo 98. *Requisitos formales de los contratos a distancia.*

1. En los contratos a distancia, el empresario facilitará al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o bien, en la lengua elegida para la contratación, y, en todo caso, en castellano, la información exigida en el artículo 97.1 o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar. Siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible.

2. Si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos implica obligaciones de pago para el consumidor y usuario, el empresario pondrá en conocimiento de éste de una manera clara y destacada, y justo antes de que efectúe el pedido, la información establecida en el artículo 97.1.a), e), p) y q).

El empresario deberá velar por que el consumidor y usuario, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que éste implica una obligación de pago. Si



la realización de un pedido se hace activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse, de manera que sea fácilmente legible, únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación análoga no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al empresario. En caso contrario, el consumidor y usuario no quedará obligado por el contrato o pedido.

3. Los sitios web de comercio deberán indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas.

4. Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia en la que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados, el empresario facilitará en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución, tal como se refiere en el artículo 97.1. a), b), e), i) y p). El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario las demás informaciones que figuran en el artículo 97 de una manera apropiada con arreglo al apartado 1.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 si el empresario llama por teléfono al consumidor y usuario para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objeto comercial de la misma.

6. En aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms.





7. El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Tal confirmación incluirá:

a) Toda la información que figura en el artículo 97.1, salvo si el empresario ya ha facilitado la información al consumidor y usuario en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia, y

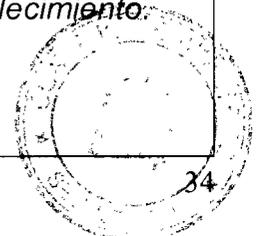
b) Cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 103.m).

8. En caso de que un consumidor y usuario desee que la prestación de servicios o 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 dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 104, el empresario exigirá que el consumidor y usuario presente una solicitud expresa en tal sentido.

9. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere. El empresario deberá adoptar las medidas adecuadas y eficaces que le permitan identificar inequívocamente al consumidor y usuario con el que celebra el contrato.

10. Este artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre la celebración de contratos y la realización de pedidos por vía electrónica establecidas en la Ley 34/2002, de 11 de julio.

Artículo 99. Requisitos formales de *los contratos celebrados fuera del establecimiento*.





1. En los contratos celebrados fuera del establecimiento, el empresario facilitará al consumidor y usuario la información exigida en el artículo 97.1 en papel o, si éste está de acuerdo, en otro soporte duradero. Dicha información deberá ser legible y estar redactada al menos en castellano y en términos claros y comprensibles.

2. El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si éste está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento a que se refiere el artículo 103.m).

3. En caso de que un consumidor y usuario desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, o calefacción mediante sistemas urbanos, dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 104, el empresario exigirá que el consumidor y usuario presente una solicitud expresa en tal sentido en un soporte duradero.

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

Artículo 100. *Consecuencias del incumplimiento.*

1. El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor y usuario la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, de acuerdo con los artículos 98.7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor y usuario por vía de acción o excepción.

2. En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario.

3. El empresario asumirá la carga de la prueba del cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.





Artículo 101. *Necesidad de consentimiento expreso.*

1. En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación podrá considerarse como aceptación de ésta.

2. Si el empresario, sin aceptación explícita del consumidor y usuario destinatario de la oferta, le suministrase el bien o servicio ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 66 quáter.

CAPÍTULO III

Derecho de desistimiento

Artículo 102. *Derecho de desistimiento.*

1. Salvo las excepciones previstas en el artículo 103, el consumidor y usuario tendrá derecho a desistir del contrato durante un periodo de 14 días naturales sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en los artículos 107.2 y 108.

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.

Artículo 103. *Excepciones al derecho de desistimiento.*

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 entrega.

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 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.

Artículo 104. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 105, el plazo de desistimiento concluirá a los 14 días naturales contados 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 y usuario 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.

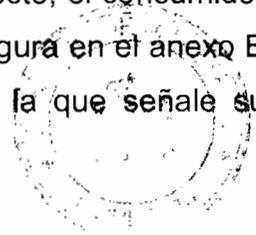
Artículo 105. *Omisión de información sobre el derecho de desistimiento.*

1. Si el empresario no ha facilitado al consumidor y usuario la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1.i), 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.

2. Si el empresario ha facilitado al consumidor y usuario la información contemplada en el apartado 1, en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 104, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor y usuario reciba la información.

Artículo 106. *Ejercicio y efectos del derecho de desistimiento.*

1. Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor y usuario comunicará al empresario su decisión de desistir del contrato. A tal efecto, el consumidor y usuario podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo B de esta ley; o bien realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato.





2. El consumidor y usuario habrá ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo contemplado en el artículo 104 y en el artículo 105, cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo. Para determinar la observancia del plazo para desistir se tendrá en cuenta la fecha de expedición de la declaración de desistimiento.

3. El empresario podrá ofrecer al consumidor y usuario, además de las posibilidades contempladas en el apartado 1, la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo B, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del empresario. En tales casos, el empresario comunicará sin demora al consumidor y usuario en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento.

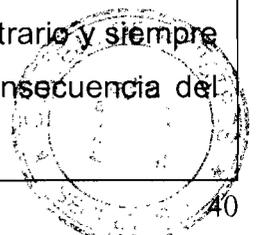
4. La carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recaerá en el consumidor y usuario.

5. El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, o de celebrar el contrato, cuando el consumidor y usuario haya realizado una oferta.

Artículo 107. Obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento.

1. El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor y usuario, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor y usuario de conformidad con el artículo 106.

El empresario deberá efectuar el reembolso a que se refiere el primer párrafo utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor y usuario para la transacción inicial, a no ser que éste haya dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando el consumidor y usuario no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso.





2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, en caso de que el consumidor y usuario haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el empresario no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven.

3. Salvo en caso de que el empresario se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, el empresario podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor y usuario haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, según qué condición se cumpla primero.

Artículo 108. Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento.

1. Salvo si el propio empresario se ofrece a recoger los bienes, el consumidor y usuario deberá devolverlos o entregarlos al empresario, o a una persona autorizada por el empresario a recibirlos, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de 14 días naturales a partir de la fecha en que comunique su decisión de desistimiento del contrato al empresario, de conformidad con el artículo 106. Se considerará cumplido el plazo si el consumidor y usuario efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido el plazo de 14 días naturales.

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.

En el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento en los que los bienes se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor y usuario en el momento de celebrarse el contrato, el empresario recogerá a su propio cargo los bienes cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo.

2. 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).

3. Cuando un consumidor y usuario ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.8 o en el artículo 99.3, abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio.

4. El consumidor y usuario no asumirá ningún coste por:

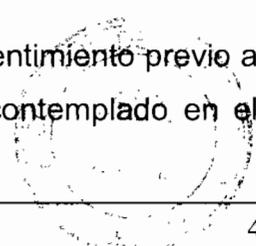
a) La prestación de los servicios o el suministro de agua, gas o electricidad — cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas— o de calefacción mediante sistemas urbanos, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando:

1º. El empresario no haya facilitado información con arreglo al artículo 97.1.i) o k); o bien

2º. El consumidor y usuario no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento con arreglo al artículo 98.8 y al artículo 99.3; o bien

b) El suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando:

1º. El consumidor y usuario no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el periodo de 14 días naturales contemplado en el artículo 102.





2º. El consumidor y usuario no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento; o bien

3º. El empresario no haya dado la confirmación con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2.

5. Con excepción de lo dispuesto en el artículo 107.2, y en este artículo, el consumidor y usuario no incurrirá en ninguna responsabilidad como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento.

CAPÍTULO IV

Ejecución del contrato

Artículo 109. *Ejecución del contrato a distancia.*

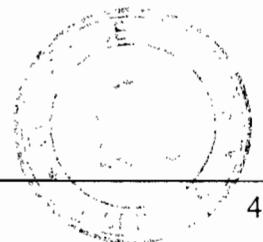
Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido sin ninguna demora indebida y a más tardar en el plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato.

Artículo 110. *Falta de ejecución del contrato a distancia.*

En caso de no ejecución del contrato por parte del empresario por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado, el consumidor y usuario deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar sin ninguna demora indebida las sumas que haya abonado en virtud del mismo.

En caso de retraso injustificado por parte del empresario respecto a la devolución de las sumas abonadas, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble del importe adeudado, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad.

Artículo 111. *Sustitución del bien o servicio contratado a distancia.*





De no hallarse disponible el bien o servicio contratado, cuando el consumidor y usuario hubiera sido informado expresamente de tal posibilidad, el empresario podrá suministrar sin aumento de precio un bien o servicio de características similares que tenga la misma o superior calidad.

En este caso, el consumidor y usuario podrá ejercer sus derechos de desistimiento y resolución en los mismos términos que si se tratara del bien o servicio inicialmente requerido.

Artículo 112. Pago del contrato a distancia mediante tarjeta.

1. Cuando el importe de una compra o de un servicio hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor y usuario titular de ella podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del empresario y del consumidor y usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad.

2. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación.

Artículo 113. Responsabilidad solidaria en los contratos celebrados fuera del establecimiento.

Del cumplimiento de las obligaciones establecidas en este título responderán solidariamente el empresario por cuya cuenta se actúe y el mandatario, comisionista o agente que hayan actuado en nombre propio.”

Veintiuno. El apartado 1 del artículo 125 queda sin contenido, pasando sus apartados 2, 3 y 4, respectivamente, a numerarse como nuevos apartados 1, 2 y 3.



Veintidós. Se adiciona al texto refundido el siguiente anexo:

"ANEXO

Información sobre el ejercicio del derecho de desistimiento

A. Modelo de documento de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento

Derecho de desistimiento

Tiene usted derecho a desistir del presente contrato en un plazo de 14 días naturales sin necesidad de justificación.

El plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales del día **1**.

Para ejercer el derecho de desistimiento, deberá usted notificarnos **2** su decisión de desistir del contrato a través de una declaración inequívoca (por ejemplo, una carta enviada por correo postal, fax o correo electrónico). Podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura a continuación, aunque su uso no es obligatorio **3**.

Para cumplir el plazo de desistimiento, basta con que la comunicación relativa al ejercicio por su parte de este derecho sea enviada antes de que venza el plazo correspondiente.

Consecuencias del desistimiento

En caso de desistimiento por su parte, le devolveremos todos los pagos recibidos de usted, incluidos los gastos de entrega (con la excepción de los gastos adicionales resultantes de la elección por su parte de una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria que ofrezcamos) sin ninguna demora indebida y, en todo caso, a más tardar 14 días naturales a partir de la fecha en la que se nos informe de su decisión de desistir del presente contrato. Procederemos a efectuar dicho reembolso utilizando el mismo medio de pago empleado por usted para la



transacción inicial, a no ser que haya usted dispuesto expresamente lo contrario; en todo caso, no incurrirá en ningún gasto como consecuencia del reembolso ⁴.

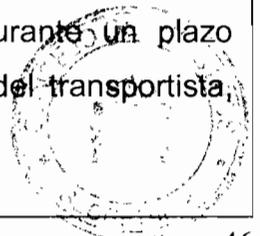
⁵

⁶

Instrucciones para su cumplimentación:

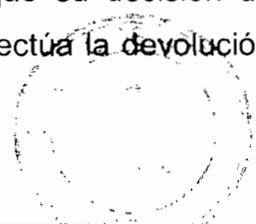
¹. Insértese una de las expresiones que aparecen entre comillas a continuación:

- a) en caso de un contrato de servicios o de un contrato para el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, de calefacción mediante sistemas urbanos o de contenido digital que no se preste en un soporte material: «de la celebración del contrato.»;
- b) en caso de un contrato de venta: «que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquirió la posesión material de los bienes.»;
- c) en caso de un contrato de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor y usuario en el mismo pedido y entregados por separado: «que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquirió la posesión material del último de esos bienes.»;
- d) en caso de entrega de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas: «que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquirió la posesión material del último componente o pieza.»;
- e) en caso de un contrato para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado: «que usted o un tercero por usted indicado, distinto del transportista, adquirió la posesión material del primero de esos bienes.».





2. Insértese su nombre, su dirección completa y, si dispone de ellos, su número de teléfono, su número de fax y su dirección de correo electrónico.
3. Si usted ofrece al consumidor y usuario en su sitio web la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente información relativa a su desistimiento del contrato, insértese el texto siguiente: «Tiene usted asimismo la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento o cualquier otra declaración inequívoca a través de nuestro sitio web [insértese la dirección electrónica]. Si recurre a esa opción, le comunicaremos sin demora en un soporte duradero (por ejemplo, por correo electrónico) la recepción de dicho desistimiento.».
4. En caso de un contrato de venta en el que usted no se haya ofrecido a recoger los bienes en caso de desistimiento, insértese la siguiente información: «Podremos retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que usted haya presentado una prueba de la devolución de los mismos, según qué condición se cumpla primero».
5. Si el consumidor y usuario ha recibido bienes objeto del contrato insértese el texto siguiente:
 - a) insértese:
 - «Recogeremos los bienes.», o bien
 - «Deberá usted devolvernos o entregarnos directamente los bienes o a ... [insértese el nombre y el domicilio, si procede, de la persona autorizada por usted a recibir los bienes], sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de 14 días naturales a partir de la fecha en que nos comunique su decisión de desistimiento del contrato. Se considerará cumplido el plazo si efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido dicho plazo.»;





b) insértese:

— «Nos haremos cargo de los costes de devolución de los bienes.»;

— «Deberá usted asumir el coste directo de devolución de los bienes.»;

— En caso de que, en un contrato a distancia, usted no se ofrezca a hacerse cargo de los costes de devolución de los bienes y estos últimos, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo: «Deberá usted asumir el coste directo de devolución de los bienes, ... euros [insértese el importe].»; o, si no se puede realizar por adelantado un cálculo razonable del coste de devolución de los bienes: «Deberá usted asumir el coste directo de devolución de los bienes. Se calcula que dicho coste se eleva a aproximadamente ... euros [insértese el importe] como máximo.», o bien

— En caso de que, en un contrato celebrado fuera del establecimiento, los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo y se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor y usuario en el momento de celebrarse el contrato: «Recogeremos a nuestro cargo los bienes.»;

c) «Solo será usted responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación distinta a la necesaria para establecer la naturaleza, las características y el funcionamiento de los bienes.».

6. En caso de un contrato para la prestación de servicios o para el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, o calefacción mediante sistemas urbanos, insértese lo siguiente: «Si usted ha solicitado que la prestación de servicios o el suministro de agua/ gas/ electricidad/ calefacción mediante sistemas urbanos [suprímase lo que no proceda] dé comienzo durante el período de desistimiento, nos abonará un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en



que nos haya comunicado su desistimiento, en relación con el objeto total del contrato.».

B. Modelo de formulario de desistimiento

(sólo debe cumplimentar y enviar el presente formulario si desea desistir del contrato)

- A la atención de [aquí se deberá insertar el nombre del empresario, su dirección completa y, si dispone de ellos, su número de fax y su dirección de correo electrónico]:
- Por la presente le comunico/comunicamos (*) que desisto de mi/desistimos de nuestro (*) contrato de venta del siguiente bien/prestación del siguiente servicio (*)
- Pedido el/recibido el (*)
- Nombre del consumidor y usuario o de los consumidores y usuarios
- Domicilio del consumidor y usuario o de los consumidores y usuarios
- Firma del consumidor y usuario o de los consumidores y usuarios (solo si el presente formulario se presenta en papel)
- Fecha

(*) Táchese lo que no proceda.

Disposición adicional única. *Responsabilidad por incumplimiento de las Administraciones públicas.*

Las Administraciones públicas competentes que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta ley o en el derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. En el



procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración afectada, pudiendo compensarse el importe que se determine con cargo a las transferencias financieras que la misma reciba.”

Disposición transitoria única. Régimen transitorio.

Las disposiciones de esta ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Se derogan las siguientes disposiciones:

1. Los artículos 39 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.
2. El apartado 4 del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
3. El Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.
4. Cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en ella.

Disposición final primera. Modificación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Se modifica el párrafo f) del artículo 5.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal que queda redactado en los siguientes términos:

“ f) La necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación.”





Disposición final segunda. *Modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.*

La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista queda modificada como sigue:

Uno. Se modifica el artículo 2 que queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 2. Establecimientos comerciales.

Tendrá la consideración de establecimiento comercial toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual.”

Dos. Se modifica el artículo 10 que queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 10. Derecho de desistimiento.

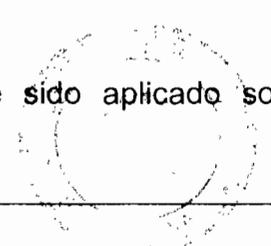
Para el ejercicio del derecho de desistimiento se estará a lo dispuesto por el artículo 71 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.”

Tres. Se modifica el artículo 20 que queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 20. Constancia de la reducción de precios.

1. Siempre que se oferten artículos con reducción de precio, deberá figurar con claridad, en cada uno de ellos, el precio anterior junto con el precio reducido, salvo en el supuesto de que se trate de artículos puestos a la venta por primera vez.

Se entenderá por precio anterior, el menor que hubiese sido aplicado sobre productos idénticos en los treinta días precedentes.





2. En ningún caso, la utilización de las actividades de promoción de ventas podrá condicionarse a la existencia de una reducción porcentual mínima o máxima.”

Cuatro. Se modifica el artículo 38 que queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 38. *Concepto.*

1. Para la calificación de las ventas a distancia se estará a lo dispuesto en el artículo 92 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

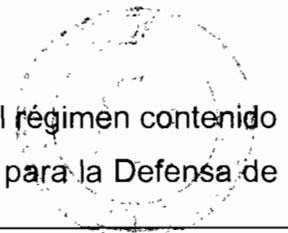
2. Las empresas de ventas a distancia deberán comunicar, en el plazo de tres meses, el inicio de su actividad al Registro de ventas a distancia, que recogerá los datos que reglamentariamente se establezcan.

Las empresas de terceros países, no establecidas en España, que practiquen ventas a distancia en territorio español lo comunicarán directamente al Registro de ventas a distancia del Ministerio de Economía y Competitividad, en el plazo de tres meses desde el inicio de la actividad. No será necesaria ninguna comunicación de datos cuando el prestador de servicios ya estuviere establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea y realice sus actividades en régimen de libre prestación.

El Ministerio de Economía y Competitividad informará a las comunidades autónomas de las empresas de ventas a distancia registradas.

Del mismo modo, las comunidades autónomas comunicarán al Registro de ventas a distancia del Ministerio de Economía y Competitividad las modificaciones que se produzcan en el registro autonómico correspondiente.

3. Para el ejercicio de las ventas a distancia será de aplicación el régimen contenido en el título III del libro segundo del texto refundido de la Ley General para la Defensa de





los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.”

Cinco. Se modifica el apartado 1 del artículo 56, que queda redactado del siguiente modo:

“Artículo 56. *Concepto.*

1. La celebración de una pública subasta consiste en ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien o servicio a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije éste inicialmente o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto, que estará obligado a comprarlo.

Para el ejercicio de esta modalidad de venta, se aplicará además de lo dispuesto en esta ley, la normativa específica sobre defensa de los consumidores y usuarios prevista por el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”.

Disposición final tercera. *Incorporación del derecho de la Unión Europea.*

Esta ley incorpora al ordenamiento jurídico interno la 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.





Disposición final cuarta. Entrada en vigor.

Esta ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

ELÉVESE AL CONSEJO DE MINISTROS
Madrid,



LA MINISTRA DE SANIDAD, SERVICIOS
SOCIALES E IGUALDAD

EL MINISTRO DE JUSTICIA

Ana Mato Adrover

Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez

EL CONSEJO DE MINISTROS, en su
reunión del día 17 OCT. 2013
acordó remitir a las Cortes
Generales el presente pro-
yecto de Ley.

LA MINISTRA SECRETARIA



REF.:

REF.C.M.:

MEMORIA DEL ANÁLISIS DE IMPACTO NORMATIVO DEL PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE.

ÍNDICE

I. RESUMEN EJECUTIVO

II. OPORTUNIDAD DE LA PROPUESTA

1. Motivación

- a) Causas normativas
- b) Colectivos afectados

2. Objetivos

3. Alternativas

III. CONTENIDO, ANÁLISIS JURÍDICO Y DESCRIPCIÓN DE LA TRAMITACIÓN

1. Contenido

- a) Estructura
- b) Contenido y especial referencia a los elementos más novedosos

2. Análisis jurídico

- a) Referencia a la Directiva que se transpone
- b) Plazo de transposición
- c) Correspondencia con las disposiciones de la Directiva
- d) Rango de la norma de transposición
- e) Coherencia con el resto del ordenamiento jurídico
- f) Normas que quedan derogadas

3. Descripción de la tramitación



- a) Ministerio responsable y Ministerios competentes para la transposición**
- b) Audiencia**
- c) Informes de los Ministerios competentes**
- d) Dictamen del Consejo de Estado**
- e) Consejo de Ministros**

IV. ANÁLISIS DE IMPACTOS

- 1. Consideraciones Generales**
- 2. Adecuación de la norma al orden de distribución de competencias**
- 3. Impacto económico y presupuestario**
 - a) Impacto económico general**
 - b) Efectos en la competencia en el mercado**
 - c) Análisis de cargas administrativas**
 - d) Impacto presupuestario**
- 4. Impacto por razón de género**
- 5. Otros impactos**



MEMORIA DEL ANÁLISIS DEL IMPACTO NORMATIVO DEL PROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE.

I. RESUMEN EJECUTIVO

Ministerio/Órgano proponente	Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad / Instituto Nacional del Consumo	Fecha	11-10-2013
Título de la norma	PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE.		
Tipo de Memoria	X Normal		Abreviada
OPORTUNIDAD DE LA PROPUESTA			
Situación que se regula	<p>El proyecto de ley incorpora al ordenamiento jurídico interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.</p> <p>Esta Directiva deroga la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.</p>		
Objetivos que se persiguen	El objetivo "necesario" del Proyecto de Ley es la modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, a fin de incorporar al Derecho interno la		

Directiva 2011/83/UE.

A través del cumplimiento de este objetivo “necesario”, se persigue una serie de objetivos “sustanciales” que se orientan fundamentalmente a:

- Reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores como de los empresarios.
- Contribuir a la eliminación de las disparidades existentes en la legislación europea de los contratos celebrados entre empresas y consumidores que crean obstáculos significativos en el mercado interior.
- Elevar el nivel de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, en relación, entre otros, con los siguientes aspectos:
 - Se amplía notablemente la información que es preciso facilitar a los consumidores y usuarios, tanto con carácter general como en especial en los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario, regulando los requisitos formales en orden a facilitar esa información.
 - Se lleva a cabo una nueva regulación del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, que contempla las consecuencias de la omisión de la información sobre este derecho, los efectos del desistimiento, tanto para el empresario como para el consumidor, las obligaciones que ambas partes asumen una vez ejercitado, las excepciones al mismo, así como la incorporación de un formulario normalizado de desistimiento, que opcionalmente podrá utilizar el consumidor y usuario, al tiempo que, con carácter general, se amplía el plazo para su ejercicio a 14 días naturales.

Se incorporan, con distinto alcance, otros derechos de los consumidores y usuarios referidos a la forma y plazos de entrega de los bienes adquiridos, al momento en que tiene lugar la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro del bien, los límites a los cargos por la utilización de medios de pago, la limitación de la tarifa que puede cobrar el



	<p>empresario que ponga a disposición del consumidor una línea telefónica a efectos de que pueda comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, así como la necesidad de que el empresario obtenga el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del empresario.</p>
Principales alternativas consideradas	<p>Al tratarse de la incorporación de una Directiva que incide directamente en la derogación y modificación de otras Directivas, cuya transposición al derecho interno español se contempla en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, la adaptación del ordenamiento interno a las disposiciones de la nueva Directiva debe llevarse a cabo mediante la modificación del texto refundido, a través de una nueva ley, como única alternativa viable.</p>
CONTENIDO Y ANÁLISIS JURÍDICO	
Tipo de norma	Ley
Estructura de la Norma	<p>El Proyecto de ley se estructura en una exposición de motivos, un artículo único que se divide en veintidós apartados, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, y cuatro disposiciones finales.</p>
Informes recabados	<p>El Proyecto de Ley se ha sometido a los trámites expresamente previstos en el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.</p> <p>1. Informes y dictámenes.</p> <p>Se han recabado los siguientes informes y dictámenes:</p> <ul style="list-style-type: none">Informe de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla (a través de la Conferencia Sectorial de Consumo).



- Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.
- Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio Industria, Energía y Turismo.
- Informe de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 letra b) del Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos.
- Informe de la Comisión Nacional de la Competencia.
- Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

2. Informes de los Ministerios competentes.

Informes de la Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios competentes:

- Ministerio de Justicia
- Ministerio de Economía y Competitividad.
- Informe de la Sección 1ª de la Comisión General de Codificación.

3. Dictamen del Consejo de Estado.

Se ha emitido el dictamen del Consejo de Estado, conforme al artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado, modificada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

4. Consejo de Ministros

Una vez culminados los distintos trámites procedimentales, el anteproyecto ha sido aprobado como proyecto de ley en el Consejo de Ministros celebrado el día 11 de octubre de 2013, por lo que deberá ahora iniciarse su tramitación parlamentaria en el Congreso.

Trámite de audiencia

En el trámite de audiencia se han recabado los siguientes

informes:

- Informe del Consejo de Consumidores y Usuarios, de acuerdo con el artículo 39.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
- Informe de los sectores afectados.

Se adjunta como anexo a esta memoria la nota de contestación del INC a las observaciones formuladas durante el trámite de audiencia.

ANÁLISIS DE IMPACTOS

Adecuación al orden de competencias

Teniendo en cuenta que el Proyecto de Ley supone una modificación de una norma anterior, en la que se ha recogido expresamente el título competencial aplicable (disposición final primera), no es necesario incluir de forma expresa el título competencial, sobre la premisa de que el fundamento de la norma estatal no podrá ser diferente al de la disposición modificada. Concretamente y de conformidad con el apartado I del punto Primero de los “Criterios sobre adecuación de la normativa estatal al orden constitucional de distribución de competencias”, aprobados por los Ministerios de Presidencia y de Administraciones Públicas, con fecha 9.6.2008: *“Todas las iniciativas normativas que promueva el Gobierno deben identificar en la Disposición final primera el título competencial en el que se amparan, en los términos recogidos en el artículo 149.1 de la Constitución. Sólo se exceptúan las normas aprobadas en el ejercicio de la potestad de autoorganización y las disposiciones modificativas de otras vigentes que hubieran invocado el fundamento competencial correspondiente, siempre que no alteren el ámbito material de la norma modificada”*.

Impacto económico y presupuestario	Efectos sobre la economía en general.	<p>Desde el punto de vista del impacto económico, cabe destacar que esta norma tendrá efectos positivos para los consumidores y usuarios, en cuanto viene a incrementar el nivel de protección de sus derechos básicos, a través de la regulación de un nuevo marco legal respecto a la información que deben recibir de los empresarios, con especial incidencia en los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento, regulando también el derecho a desistir de este tipo de contratos, junto con el procedimiento y los plazos para ejercitarlo. Al mismo tiempo, se incorporan mecanismos concretos de protección dirigidos a evitar prácticas indeseables de los empresarios.</p> <p>El Proyecto de Ley carece de impacto económico directo e inmediato. No obstante, la entrada en vigor de la Ley supondrá que los empresarios deberán mejorar la información que suministran a los consumidores para alcanzar los estándares exigibles en cuanto a transparencia y concreción que la norma exige.</p> <p>Desde una perspectiva estrictamente presupuestaria, el Proyecto de Ley no implica incremento de gasto ni disminución de ingreso alguno para la Hacienda Pública estatal.</p> <p>Esta nueva regulación contribuirá a consolidar el</p>
---	---------------------------------------	--

		<p>funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea y a reforzar la seguridad jurídica tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios.</p> <p>Asimismo, la reforma que introduce la ley va a generar mayor confianza en el comercio transfronterizo, lo que resultará positivo para todos los sectores afectados.</p>	
	En relación con la competencia	<p><input type="checkbox"/> La norma no tiene efectos significativos sobre la competencia.</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> La norma tiene efectos positivos sobre la competencia.</p> <p><input type="checkbox"/> La norma tiene efectos negativos sobre la competencia.</p>	
	Desde el punto de vista de las cargas administrativas	<p><input checked="" type="checkbox"/> Supone una reducción de cargas administrativas.</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> Incorpora nuevas cargas administrativas.</p> <p><input type="checkbox"/> No afecta a las cargas administrativas.</p>	



	<p>Desde el punto de vista de los presupuestos, la norma</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> No afecta a los presupuestos</p> <p><input type="checkbox"/> Afecta a los presupuestos de la Administración del Estado.</p> <p><input type="checkbox"/> Afecta a los presupuestos de otras Administraciones Territoriales.</p>	<p><input type="checkbox"/> Implica un gasto.</p> <p><input type="checkbox"/> Implica un ingreso.</p>
Impacto de género	La norma tiene un impacto de género	<p>Negativo <input type="checkbox"/></p> <p>Nulo <input checked="" type="checkbox"/></p> <p>Positivo <input type="checkbox"/></p>
Otros impactos considerados	Esta ley supone un importante paso en materia de protección de los derechos e intereses de los consumidores.	
Otras consideraciones		

II. OPORTUNIDAD DE LA PROPUESTA

1. Motivación

a) Causas normativas



Por medio del Proyecto de Ley se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, publicada el 22 de noviembre en el Diario Oficial de la Unión Europea, 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.

La citada Directiva procede a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

La Directiva supone un nuevo impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación del mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos celebrados entre empresas y consumidores que crean obstáculos significativos en el mercado interior. Estas diferencias dificultan el funcionamiento del mercado interior, dando lugar a un aumento de los costes de cumplimiento para los empresarios que desean realizar ventas de bienes o prestar servicios transfronterizos, al tiempo que afectan a la confianza de los consumidores en el mercado interior.

Con esta finalidad, la Directiva establece un marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regulan determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores, ampliando la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, bajo un enfoque de armonización total, salvo cuestiones puntuales, e introduciendo modificaciones sustanciales en la vigente normativa europea en la materia.

Los contratos entre consumidores y usuarios son objeto de regulación en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, en el que se recoge la transposición de las Directivas que se ven afectadas por la nueva Directiva.

Los Estados miembros han de incorporar al derecho interno las disposiciones de la Directiva antes del 13 de diciembre de 2013, como prevé su artículo 28.

Las modificaciones que es preciso introducir en el texto refundido para incorporar la Directiva justifican la elaboración de este nuevo texto legal.

b) Colectivos afectados

La nueva ley regula determinados aspectos de los contratos celebrados entre un consumidor y un empresario, con especial incidencia en los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario.



Los colectivos afectados por la norma son, de una parte, los consumidores y usuarios, y de otra, los empresarios que contratan con estos.

El concepto de consumidor y usuario engloba a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de la ley, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

En cuanto al concepto de empresario, se define como tal a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

2. Objetivos

La nueva Ley tiene como principal objetivo elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios mediante la incorporación de la Directiva 2011/83/UE a nuestro ordenamiento jurídico interno, a través de la modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Junto al cumplimiento de este objetivo “necesario”, se persiguen una serie de objetivos “sustanciales” que se orientan fundamentalmente a:

- Reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores como de los empresarios.
- Contribuir a la eliminación de las disparidades existentes en la legislación europea de los contratos celebrados entre empresas y consumidores que crean obstáculos significativos en el mercado interior.
- Elevar el nivel de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, en relación con los siguientes aspectos:
 - Mejorar la información que es preciso facilitar a los consumidores y usuarios tanto con carácter general como, en especial, en los contratos a distancia y fuera del establecimiento del empresario, estableciendo los requisitos formales en orden a facilitar esa información.
 - Llevar a cabo una nueva regulación del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento, que contempla los siguientes aspectos: las consecuencias de la omisión de la información sobre este derecho, los efectos del desistimiento, tanto para el empresario como para el consumidor, así como respecto a los contratos complementarios del principal, las obligaciones que ambas partes asumen una vez ejercitado, las excepciones al mismo, así como la incorporación de un formulario normalizado de desistimiento, que opcionalmente podrá utilizar el consumidor y usuario, al tiempo que se amplía el plazo para su ejercicio a 14 días naturales.
 - Incorporar con distinto alcance otros derechos de los consumidores referidos a la forma y plazos de entrega de los bienes adquiridos, el momento en que tiene lugar



la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro del bien adquirido, los límites a los cargos por la utilización de medios de pago, la limitación de la tarifa que puede cobrar el empresario que ponga a disposición del consumidor una línea telefónica a efectos de que el consumidor pueda comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, así como la necesidad de que el empresario obtenga el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del empresario.

3. Alternativas

Al tratarse de la incorporación de una Directiva que incide directamente en la derogación y modificación de otras Directivas, cuya transposición al derecho interno español se contempla actualmente en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, la adaptación del ordenamiento interno a las disposiciones de la nueva Directiva debe llevarse a cabo mediante la modificación del citado texto refundido, a través de una nueva ley, como única alternativa viable.

III. CONTENIDO, ANÁLISIS JURÍDICO Y DESCRIPCIÓN DE LA TRAMITACIÓN

1. Contenido

a) Estructura

El Proyecto de Ley se estructura en una exposición de motivos, un artículo único que se divide en veintidós apartados, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria, y cuatro disposiciones finales.

b) Contenido y especial referencia a los elementos más novedosos

El ámbito objetivo de la norma se centra en los contratos celebrados entre un consumidor y un empresario, con especial incidencia en los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario.

Se incorporan al texto refundido todas las definiciones que contempla la Directiva. Así, el texto de la ley recoge los conceptos de consumidor y empresario en los artículos 3 y 4, respectivamente, y las demás definiciones en los artículo 59 bis y 92.

Las excepciones al ámbito de aplicación de la Directiva se recogen en la ley referidas únicamente a los contratos a distancia y a los celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario (artículo 93), de conformidad con lo dispuesto en el considerando 13 de la Directiva, que permite a los Estados miembros aplicar las disposiciones de la Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación.

En cuanto a las modificaciones de carácter legal necesarias para transponer la Directiva cabe mencionar, en primer lugar, las que se refieren al reforzamiento de la información al consumidor, a través de la ampliación de los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos con consumidores y usuarios (artículo 60), que en el caso de los contratos a



distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento del empresario han sido objeto de plena armonización por parte de la Directiva (artículo 97). Así, entre las nuevas obligaciones de información precontractual que asumen los empresarios están las de informar a los consumidores y usuarios de la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que, en su caso, tengan que pagar o aportar a solicitud del empresario, también de la existencia de la garantía legal de conformidad de los bienes, así como de la existencia y condiciones de los servicios postventa y de las garantías comerciales que otorguen, en su caso. Además, en los contratos de suministro de contenido digital, entendiéndose como tal los datos producidos y suministrados en formato digital, deberán informar de la funcionalidad del mismo, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, así como de toda interoperabilidad relevante con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa razonablemente esperar que deba conocer. Se establecen también los requisitos formales exigibles en orden a facilitar esa información y se contempla la obligación de que la información se facilite al consumidor o usuario al menos en castellano, lengua oficial del estado.

Se incorporan al texto refundido una nueva definición de contrato a distancia (artículo 92) que abarca todos los casos en que los contratos se celebran entre el empresario y el consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varias técnicas de telecomunicación (entre otros, el correo postal, la conexión a través de Internet, el teléfono o el fax), hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento. Dicha definición abarca también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia. El concepto de sistema organizado de prestación de servicios o de venta a distancia incluye los sistemas ofrecidos por un tercero distinto del empresario pero utilizado por éste, como una plataforma en línea. No obstante, no cubre los casos en los que las páginas web ofrecen información solamente sobre el empresario, sus bienes o servicios y sus datos de contacto.

La nueva definición de contrato celebrado fuera del establecimiento que incorpora la ley (artículo 92) se justifica en el hecho de que, fuera del establecimiento, el consumidor podría estar bajo posible presión psicológica o verse enfrentado a un elemento de sorpresa, independientemente de que haya solicitado o no la visita del empresario. La definición abarca también aquellas situaciones en que se establece contacto personal e individual con el consumidor fuera del establecimiento, aunque luego el contrato se celebre inmediatamente después en el establecimiento mercantil del empresario o a través de un medio de comunicación a distancia. Las compras realizadas en el curso de una excursión organizada por el empresario durante la cual este promociona y vende los productos que se adquieren se consideran también contratos celebrados fuera del establecimiento del empresario.

La ley incorpora al texto refundido el concepto de establecimiento mercantil (artículo 59 bis), que comprende todo tipo de instalaciones (como tiendas, puestos o camiones) que sirvan al empresario como local de negocios permanente o habitual. Si cumplen esta condición, los puestos de mercados y los stands de ferias deben ser considerados también como establecimientos mercantiles. La instalación de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma estacional, por ejemplo, durante la temporada turística en una estación de esquí o en una zona de playa, debe considerarse como un establecimiento mercantil, puesto que el empresario ejerce allí su actividad de forma habitual. Sin embargo, los espacios accesibles al público, como calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos,



que el empresario utilice de forma excepcional para su actividad empresarial así como los domicilios privados o lugares de trabajo no se consideran establecimientos mercantiles.

La ley procede a regular conjuntamente los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos del empresario, siguiendo la técnica jurídica utilizada por la Directiva. De esta forma, se hace preciso modificar el libro II del texto refundido, unificando la regulación de ambos tipos de contratos en su título III, lo que conlleva la eliminación del título V, cuya denominación y contenido pasa ahora al título IV.

Las modificaciones introducidas por la ley incluyen una mayor precisión en cuanto a la regulación del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento, incorporando un formulario normalizado al respecto que el consumidor podrá utilizar opcionalmente (artículo 106), y se amplía con carácter general el plazo para su ejercicio a 14 días naturales (artículos 71 y 102). El "*dies ad quo*" se fija en función del tipo de contrato de que se trate (artículo 104). En caso de que el empresario no facilite al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, se amplía el plazo para desistir del contrato hasta doce meses después de la fecha de expiración del periodo inicial (artículo 105). Si el empresario cumple con retraso la obligación de entregar el documento formalizado de desistimiento, el plazo de 14 días naturales no comienza a correr hasta que se produzca esa efectiva entrega. La ley regula igualmente las obligaciones que asumen ambas partes del contrato en caso de desistimiento (artículos 107 y 108), así como los efectos del mismo en general y también respecto a los contratos complementarios que quedan automáticamente sin efectos (artículo 76 bis), dando cumplimiento al mandato que establece la Directiva de que los Estados miembros procedan a regular de forma detallada esta cuestión.

La ley incorpora también disposiciones generales que tratan de la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores, como son la entrega de los bienes adquiridos (artículo 66 bis), la transferencia al consumidor del riesgo de pérdida o deterioro de los bienes adquiridos (artículo 66 ter), los cargos que se pueden cobrar al consumidor por la utilización de medios de pago (artículo 60 ter), la limitación de la tarifa que puede cobrar el empresario que opere una línea telefónica a efectos de que el consumidor pueda comunicarse con él en relación con el contrato celebrado (artículo 21.2) y los pagos adicionales a la remuneración acordada para el contrato principal (artículo 60 bis).

Asimismo, la Directiva obliga a los Estados a organizar la reparación judicial y administrativa de los derechos de los consumidores y a establecer un sistema de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, en caso de incumplimiento por los empresarios de las disposiciones nacionales que desarrollen la Directiva. Sin embargo, en este aspecto no se hace preciso modificar el texto refundido que ya contempla las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a estas obligaciones.

En otro orden de cosas, el Proyecto de Ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en lo que respecta al artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el Tribunal entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.



El incumplimiento que el Tribunal de Justicia estima que se ha producido en relación con el artículo 83 del citado texto refundido, obedece a la facultad que se atribuye al juez nacional de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal considera que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de los empresarios.

En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido, para la correcta transposición del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993.

Asimismo, de acuerdo con el Proyecto Piloto 3940/12/JUST de la Comisión Europea, en relación con la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales, se procede a corregir el error detectado en la redacción del artículo 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, con objeto de adecuarlo al artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2005/29/CE, lo que conlleva la modificación de sus artículos 19 y 20.

De igual modo, se modifica, mediante la disposición final primera de esta ley, el artículo 5, apartado 1, letra f, de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para su adecuación al artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE.

Los cambios legales que para transponer la Directiva es preciso introducir en nuestro ordenamiento jurídico alcanzan también a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En consecuencia, mediante la disposición final segunda de esta ley se recogen las modificaciones que a tal efecto es preciso introducir en la citada ley.

2. Análisis jurídico

a) Referencia a la Directiva que se transpone.

La Directiva que se transpone es la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, publicada el 22 de noviembre en el Diario Oficial de la Unión Europea, 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.

La citada Directiva procede a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa europea sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con



consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

La Directiva, a través del logro de un elevado nivel de protección de los consumidores y usuarios, tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los contratos celebrados entre consumidores y empresarios.

Los estados miembros no pueden modificar o introducir en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en ella, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la misma.

b) Plazo de transposición.

Los Estados miembros han de incorporar al derecho interno las disposiciones de la Directiva antes del 13 de diciembre de 2013, como prevé su artículo 28.

c) Correspondencia entre las disposiciones de la Directiva y las del Proyecto de Ley.

Para facilitar la valoración de la correcta y completa incorporación de la Directiva se expone a continuación una tabla de las concordancias entre los artículos de la Directiva y los del Proyecto de Ley.

CUADRO CORRESPONDENCIA ARTÍCULOS

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.	Proyecto de Ley por el que se modifica el Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
Art.1	---
Art. 2.1	Art. 3.
Art. 2.2	Art. 4.
Art. 2.3	Art. 59 bis.2
Art. 2.4	Art. 59 bis.1.e)
Art. 2.5	Art. 59 bis.1.a)
Art. 2.6	Art. 59 bis.1.b)
Art. 2.7	Art. 92.1
Art. 2.8	Art. 92.2
Art. 2.9	Art. 59 bis.1.d)
Art. 2.10	Art. 59 bis.1.f)
Art. 2.11	Art. 59 bis.1.i)
Art. 2.12	Art. 59 bis.1.g)
Art. 2.13	Art. 59 bis.1.h)



Art. 2.14	Art. 59 bis.1.j)
Art. 2.15	Art. 59 bis.1.c)
Art.3.1	Art. 59.1 TRLGDCU (texto vigente)
Art. 3.2	Art. 59.2
Art. 3.3	Art. 93
Art. 4	---
Art. 5	Art. 60
Art. 6	Art. 97
Art. 7	Art. 99
Art. 8	Art. 98
Art. 9.1	Art.102.1
Art. 9.2	Art. 104
Art. 9.3	---
Art.10	Art. 105
Art.11	Art. 106.1, 2, 3 y 4
Art.12	Art.106.5
Art.13	Art.107
Art. 14	Art. 108
Art. 15	Art. 76 bis
Art. 16	Art. 103
Art.17	---
Art.18	Art. 66 bis
Art. 19	Art. 60 ter
Art. 20	Art. 66 ter
Art. 21	Art. 21.2
Art. 22	Art. 60 bis
Art. 23	Arts. 24, 37, 53, 54, 55, 56 y 57 TRLGDCU (texto vigente)
Art. 24	Arts. 49, 50, 51 y 52 TRLGDCU (texto vigente)
Art. 25	Art. 10 TRLGDCU (texto vigente)
Art. 26	---
Art. 27	Art. 66 quáter
Art. 28	Disposición transitoria única y disposición final cuarta
Art. 29	---
Art. 30	---
Art. 31	---
Art. 32	---
Art. 33	---
Art. 34	---
Art. 35	---
Anexo I. A y B.	Anexo. A y B.

d) Rango de la norma de transposición.



Se trata de una propuesta con rango de ley. Teniendo en cuenta que el Proyecto de Ley supone una modificación de una norma anterior, en la que se ha recogido expresamente el título competencial aplicable (disposición final primera), no es necesario incluir de forma expresa el título competencial, sobre la premisa de que el fundamento de la norma estatal no podrá ser diferente al de la disposición modificada. Concretamente y de conformidad con el apartado I del punto Primero de los “Criterios sobre adecuación de la normativa estatal al orden constitucional de distribución de competencias”, aprobados por los Ministerios de Presidencia y de Administraciones Públicas, con fecha 9.6.2008, *“Todas las iniciativas normativas que promueva el Gobierno deben identificar en la Disposición final primera el título competencial en el que se amparan, en los términos recogidos en el artículo 149.1 de la Constitución. Sólo se exceptúan las normas aprobadas en el ejercicio de la potestad de autoorganización y las disposiciones modificativas de otras vigentes que hubieran invocado el fundamento competencial correspondiente, siempre que no alteren el ámbito material de la norma modificada”*.

e) Coherencia con el resto del ordenamiento jurídico.

La ley mantiene la coherencia necesaria con el resto del ordenamiento jurídico. De conformidad con las disposiciones de la ley, los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en el texto refundido o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos. La regulación sectorial de los contratos con los consumidores deberá respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma, salvo en el caso de aquellas disposiciones sectoriales que regulen los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de normativa de la Unión Europea, cuyas disposiciones tendrán carácter prevalente en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa europea de la que traigan causa. Por otra parte, se garantiza en todo caso la aplicación de aquellas normas sectoriales que, partiendo del nivel de protección previsto por la legislación general, otorguen una mayor protección a los consumidores y usuarios, siempre que respeten en todo caso el nivel de armonización que establecen las disposiciones del derecho de la Unión Europea.

En cuanto a los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, la ley viene a completar los requisitos de información que se establecen en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico. No obstante, siguiendo las disposiciones de la Directiva, cuando una disposición general o sectorial sobre prestación de servicios, incluidos los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, relativa al contenido o el modo en que se debe proporcionar la información entre en conflicto con alguna disposición de la ley, prevalecerá la disposición de esta ley.

f) Normas que quedan derogadas.

Se derogan los artículos 39 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, con objeto de evitar la confusión que genera la existencia de un régimen duplicado para los contratos de venta a distancia en esta norma y en la citada ley, cuyo contenido sobre venta a distancia resulta desfasado y reitera aspectos que son objeto de regulación en el texto refundido.



Se deroga el apartado 4 del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Se deroga igualmente el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

Al margen del ámbito de aplicación concreto del citado Real Decreto, el problema de esa norma radica en su legalidad, como ha puesto de manifiesto la doctrina. El Real Decreto surgió para desarrollar reglamentariamente el artículo 5.3 LCGC –en concreto para determinar la forma en que se entendería aceptado el contrato realizado telefónica o electrónicamente– sin embargo, resulta patente que el legislador se extralimitó en su cometido. En la norma reglamentaria se atiende a cuestiones para las que no estaba habilitada: obligación de información, confirmación y derecho de resolución o desistimiento, con infracción notoria del principio de jerarquía normativa.

Partiendo de la dudosa legalidad de la norma, conforme a lo indicado anteriormente y de acuerdo con la exposición de motivos del Real Decreto, se hacía preciso integrar sus disposiciones con la normativa tanto interna como europea.

La Directiva que ahora se transpone establece una nueva regulación en materia de contratos a distancia, incluida la contratación telefónica y electrónica, dejando a salvo únicamente aquellas disposiciones de la legislación nacional que transpongan normas europeas en materia comercio electrónico, requisito que no se cumple en el caso de las disposiciones del Real Decreto.

En consecuencia, la nueva regulación en la materia es la que se recoge en el Proyecto de Ley de transposición.

3. Descripción de la tramitación

a) Ministerio responsable y ministerios competentes para la transposición

En los trabajos de transposición de la Directiva ha sido designado responsable el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y Ministerios competentes los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad.

Un primer borrador de anteproyecto de ley correspondiente, elaborado por el Instituto Nacional del Consumo fue sometido a los Ministerios de Justicia y Economía y Competitividad, como ministerios competentes en la transposición, los cuales remitieron su informe.

Se valoraron las observaciones efectuadas en los correspondientes informes, procediéndose a elaborar un nuevo texto de la norma.

b) Trámite de audiencia

El anteproyecto de ley correspondiente fue elevado a informe del Consejo de Ministros, a los efectos del artículo 22.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y sometido a los informes legalmente preceptivos.



En el trámite de audiencia se han recabado los siguientes informes y dictámenes:

- Informe del Consejo de Consumidores y Usuarios, de acuerdo con el artículo 39.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
- Informe de los sectores afectados.

El texto fue remitido a las siguientes entidades:

- Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE).
- Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.
- Asociación de Empresas de Venta Directa.
- Asociación Española de la Economía Digital.
- Confederación Española de Gremios y Asociaciones de Libreros.
- Asociación española de la industria eléctrica (UNESA).
- Asociación Española del Gas. SEDIGAS.
- Asociación Española de Empresas Gestoras de los Servicios de Agua a Poblaciones (AGA).
- Asociación Española de Operadores de Telecomunicaciones (REDTEL). Asociación de Empresas Operadoras y Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL).
- Informe de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla (a través de la Conferencia Sectorial de Consumo).
- Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.
- Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.
- Informe de la Agencia Española de Protección de Datos
- Informe de la Comisión Nacional de la Competencia.
- Informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

c) Informes de los Ministerios competentes

Han emitido su informe las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios competentes:

- Ministerio de Justicia.
- Ministerio de Economía y Competitividad.



El Ministerio de Justicia, manifestó en su informe que, dado el contenido de la modificación normativa proyectada, su incidencia en materia sobre legislación mercantil (artículo 149.1.6.a de la Constitución) -figuras contractuales y garantías-, consideraban que dicho Ministerio debía figurar como coproponente del anteproyecto de Ley en estudio y por tanto emitirse informe en virtud del artículo 22.2 de la Ley de Gobierno.

Asimismo, a petición de dicho Ministerio se solicitó el informe de la Sección 1ª de la Comisión General de Codificación, cuyas observaciones se tuvieron en cuenta para la elaboración de un nuevo texto del anteproyecto de ley.

d) Informe del Consejo de Estado

Ha emitido dictamen el Consejo de Estado, conforme al artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado, modificada por la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre.

e) Consejo de Ministros

Una vez culminados los distintos trámites procedimentales, el anteproyecto ha sido aprobado como proyecto de ley en el Consejo de Ministros celebrado el día 11 de octubre de 2013 por lo que deberá ahora iniciarse su tramitación parlamentaria en el Congreso.

Se adjunta como anexo a esta memoria la contestación del INC a las observaciones formuladas durante la tramitación del correspondiente anteproyecto de ley.

IV. ANÁLISIS DE IMPACTOS

1. Consideraciones generales

La futura ley modifica determinados aspectos esenciales de los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor o usuario cuya regulación a nivel estatal se recoge en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La nueva ley modifica el texto refundido, ampliando los derechos de los consumidores y reforzando su protección en la contratación con los empresarios, en la forma expuesta en el apartado III.1.b) de esta memoria. Ambos elementos han de contribuir a aumentar la confianza de los consumidores, especialmente porque se benefician de una mejor información y porque al contratar disponen de un periodo de reflexión más amplio.

La aprobación del Proyecto de Ley supondrá a medio plazo un aumento de la productividad de las empresas y de la competitividad en general, al contribuir a establecer un marco legal común y armonizado a nivel europeo.

Por otra parte, al contribuir a erradicar determinadas estrategias comerciales indeseables, deberán tener una particular incidencia en la disminución de la litigiosidad civil, que sigue siendo elevada.

2. Adecuación de la norma al orden de distribución de competencias



Teniendo en cuenta que el Proyecto de Ley supone una modificación de una norma anterior, en la que se ha recogido expresamente el título competencial aplicable (disposición final primera), no es necesario incluir de forma expresa el título competencial, sobre la premisa de que el fundamento de la norma estatal no podrá ser diferente al de la disposición modificada. Concretamente y de conformidad con el apartado I del punto Primero de los “Criterios sobre adecuación de la normativa estatal al orden constitucional de distribución de competencias”, aprobados por los Ministerios de Presidencia y de Administraciones Públicas, con fecha 9.6.2008, *“Todas las iniciativas normativas que promueva el Gobierno deben identificar en la Disposición final primera el título competencial en el que se amparan, en los términos recogidos en el artículo 149.1 de la Constitución. Sólo se exceptúan las normas aprobadas en el ejercicio de la potestad de autoorganización y las disposiciones modificativas de otras vigentes que hubieran invocado el fundamento competencial correspondiente, siempre que no alteren el ámbito material de la norma modificada”*.

3. Impacto económico y presupuestario

a) Impacto económico general

De acuerdo con el estudio de impacto socioeconómico realizado por la Comisión Europea, en comparación con el significativo crecimiento de las ventas a distancia nacionales durante los últimos años, el crecimiento de las ventas a distancia transfronterizas ha sido limitado. Esta diferencia es particularmente importante en el caso de las ventas por Internet, cuyo potencial de desarrollo es elevado. Por otra parte, el potencial transfronterizo de los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles (venta directa) se ve limitado por diversos factores, entre los que figuran las diferentes normas nacionales de protección de los consumidores impuestas a las empresas. Frente al crecimiento de las ventas directas realizadas a escala nacional durante los últimos años, el número de consumidores que utilizan este canal para efectuar compras transfronterizas permanece estable.

Las disparidades normativas existentes a nivel europeo crean obstáculos significativos en el mercado interior, que afectan a los empresarios y a los consumidores, aumentando los costes de cumplimiento para los empresarios que desean realizar ventas transfronterizas de bienes o prestar servicios transfronterizos, lo que ha determinado que hasta el momento las empresas sean reticentes a vender a consumidores extranjeros. Por tanto, la fragmentación desproporcionada también afecta a la confianza de los consumidores en el mercado interior.

En consecuencia, en la medida en que los Estados miembros procedan a la transposición de la Directiva, desaparecerá parcialmente la fragmentación normativa existente y el desequilibrio en cuanto al nivel de protección de los consumidores y usuarios, incrementando la confianza de los consumidores y usuarios y favoreciendo la venta de bienes y prestación servicios transfronterizos, así como la competitividad entre las empresas, lo que redundará positivamente en unos mejores precios en el mercado.

b) Efectos sobre la competencia en el mercado

La nueva ley española contribuirá a la simplificación del régimen de comercialización transfronteriza de bienes y servicios, de acuerdo con el objetivo que persigue la Directiva de instaurar un auténtico mercado interior para las relaciones entre empresas y consumidores,



estableciendo el necesario equilibrio entre un elevado nivel de protección de éstos y la competitividad de las empresas.

Por tanto, se espera que la nueva ley tenga efectos positivos sobre la competencia, contribuyendo a incrementar la confianza del consumidor español en el mercado interior y reduciendo las reticencias de las empresas a realizar transacciones transfronterizas. De este modo, los consumidores españoles, al poder acceder a ofertas transfronterizas más competitivas, podrán aprovechar mejor los beneficios del mercado interior en términos de mayor oferta y mejores precios.

c) Análisis de las cargas administrativas

Cabe destacar, en primer lugar, que en la medida en que la nueva ley española contribuye a la simplificación del régimen de comercialización transfronteriza de bienes y servicios implica una disminución de cargas administrativas para las empresas, que verán disminuir los recursos empleados en conocer la legislación de los otros estados miembros donde quieran comercializar sus bienes y servicios.

Respecto a nuevas cargas administrativas, se considera que la nueva ley apenas generará costes administrativos destacables. Lo que hace la norma es potenciar la información que ha de facilitarse a los consumidores y usuarios, especialmente en la fase precontractual, siendo muy detallada respecto a su contenido y a la forma de facilitarla, incorporando un formulario estándar, de carácter opcional para el consumidor y usuario, en cuanto al derecho de desistimiento, en el caso de los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario.

La entrada en vigor de la ley supondrá que los empresarios deberán ampliar su actividad de información a los consumidores y usuarios y revisar ésta para alcanzar los estándares de claridad, concreción e individualización que la norma exige.

En el anexo de la Ley se recoge tanto el modelo de documento de información al consumidor sobre el derecho de desistimiento como el modelo de formulario para su ejercicio por parte del consumidor o usuario.

d) Impacto presupuestario

Desde una perspectiva estrictamente presupuestaria, este proyecto legislativo no implica incremento de gasto ni disminución de ingreso alguno para la Hacienda Pública estatal.

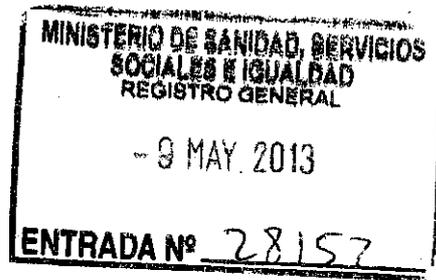
4. Impacto de género

Se informa que el presente Proyecto de Ley carece de impacto por razón de género, ni cabe establecer medidas específicas desde la perspectiva de género dado su ámbito específico de regulación.

5. Otros impactos

Este Proyecto de Ley supone un importante avance en materia de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

JG/93/12



JH/pv

Expte. IPN/93/13, Anteproyecto Ley Modificación
Ley General Defensa de Consumidores y Usuarios



MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS
SOCIALES E IGUALDAD
REGISTRO INTERNO
SECRETARIA GENERAL TECNICA
ENTRADA
N. de Registro: 1398
Fecha: 10/05/2013 09:51:53



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
SALIDA
RegOf: 3918 / RG 3918
09/05/2013 11:16:35

Se remite Informe relativo al Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, emitido al amparo del artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Dicho informe fue aprobado en la reunión del Consejo de fecha 8 de mayo de 2013.

Madrid, 9 de mayo de 2013

Fdo: Joaquín García Bernaldo de Quirós

Presidente del Consejo de la CNC

SR. SECRETARIO GENERAL TECNICO DEL MINISTERIO DE SANIDAD, POLÍTICA SOCIAL E IGUALDAD. Pº del Prado 18-20. 28071 MADRID

IPN 93/13. ANTEPROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en su reunión de 8 de mayo de 2013, ha aprobado el presente informe, relativo al Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, (en adelante, el APL), en el que analizan las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados.

La solicitud de informe tuvo entrada en esta Comisión el 18 de abril de 2013. La documentación remitida consistió en un borrador del mencionado APL y su correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo.

El presente informe se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia le atribuye a la CNC.

I. ANTECEDENTES

El APL objeto de informe modificaría 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 (TRLGDCU) y otras leyes complementarias, para adaptar su contenido a la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre derechos de los consumidores.

La citada Directiva deroga la normativa europea sobre protección de los consumidores en los contratos a distancia y contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles estableciendo un nuevo marco legal en la materia, y aspira a lograr una mayor armonización, avanzar en el mercado interior y garantizar a los consumidores un elevado nivel común de protección en la Unión Europea.

A tal efecto, la Directiva:

- **determina la información a facilitar** en los contratos a distancia y contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, así como en los restantes contratos;
- **regula el derecho de desistimiento en ventas a distancia;**
- **establece normas para las entregas de bienes y los posibles incumplimientos**

- **prohíbe al empresario cobrar al consumidor** por el uso de determinados medios de pago **en exceso al coste soportado**; y
- concreta medidas para proteger al consumidor del **riesgo de pérdida o deterioro de bienes** antes de la posesión.

II. CONTENIDO

El APL se estructura en una exposición de motivos, un artículo único que se divide en veintidós apartados, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

Las modificaciones que afectan al **Libro I del Texto Refundido** (Disposiciones generales) se refieren fundamentalmente a la adaptación del concepto de consumidor y usuario y de empresario a lo estipulado en la Directiva (artículos 3 y 4), y cambios menores en la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios (artículos 19 a 21).

Por su parte, los cambios en el **Libro II del Texto Refundido** (contratos y garantías) modifican en su **Título I** la regulación de los contratos distintos a los contratos a distancia y de los contratos celebrados fuera de establecimiento referidos a la inclusión de definiciones aplicables provenientes de la Directiva (art. 59.bis); la información previa al contrato (artículo 60); los pagos adicionales (artículo 60 bis); los cargos por la utilización de medios de pago (artículo 60 ter); la entrega de los bienes adquiridos mediante un contrato de venta (artículo 66 bis); la transmisión del riesgo en el envío de los bienes (artículo 66 ter); la prohibición de suministros no solicitados (artículo 66 quáter); la vinculación de la Ley con otras normas de derecho internacional privado que regulan la materia (artículo 67); y la regulación del derecho de desistimiento (artículos 71, 76 bis y 77). Los cambios del **Título II** afectan a la regulación de la nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato (artículo 83).

El APL procede también a la **sustitución de los antiguos Títulos III y IV del Libro II del Texto Refundido**¹ por una regulación unificada en el nuevo **Título III** (nuevos artículos 92 a 125 del Texto Refundido). El **Capítulo I** recoge las Disposiciones generales, con la definición del ámbito de aplicación, el papel de los operadores de técnicas de comunicación, de colaboradores o facilitadores del respeto a los derechos establecidos en la norma, y la regulación de las comunicaciones comerciales a distancia (artículos 92 a 96). El **Capítulo II** regula la información precontractual y requisitos formales de los contratos a distancia y de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil (artículos 97 a 100). El **Capítulo III** regula el derecho de

¹ Que regulaban, respectivamente, los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles

desistimiento para estos contratos (artículos 101 a 108), y el **Capítulo IV** establece las normas aplicables en la ejecución de los contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento (artículos 109 a 113).

En el **Título V** del Texto Refundido, el APL modifica la regulación de la garantía comercial adicional (artículo 125) y se incluye un anexo con el modelo de desistimiento que los empresarios deben poner a disposición de los consumidores.

Por último, en sus disposiciones finales, el APL modifica parcialmente dos leyes. En primer lugar **modifica el artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal**, que regula los actos de engaño. Por otra parte, modifica determinados **aspectos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista**, siendo el cambio más destacable la eliminación de determinados requisitos para constatar la reducción de precios (artículo 20).

III. OBSERVACIONES

III.1 Generales

La finalidad del APL examinado es incrementar la protección del consumidor en determinadas modalidades de contratación de bienes y servicios.

La protección del consumidor es un objetivo alineado, en gran medida, con la defensa y promoción de la competencia efectiva en los mercados: el beneficiario final del funcionamiento adecuado de ambos mecanismos es el consumidor y usuario, que obtiene mejores condiciones comerciales, en forma de precio, calidad, disponibilidad, variedad e innovación. En la medida en que ambas proyecciones del interés general son parcialmente coincidentes en sus finalidades, sin perjuicio de sus instrumentos específicos, **el presente APL, que traspone la Directiva 2011/83/CE, es valorado positivamente por la CNC desde el punto de vista de la competencia.**

Algunas de las **medidas introducidas por la Directiva que, en principio, permitirán potenciar la competencia** serían: facilitar un mayor conocimiento de las ofertas de los operadores, el mayor conocimiento de los precios aplicables sin costes encubiertos y/o pagos adicionales, o una mejor atención de quejas y reclamaciones. También la nueva regulación del derecho de desistimiento, ampliando el plazo para su ejercicio, puede robustecer la dinámica competitiva en los mercados, minorando costes de cambio de proveedor para los consumidores.

El APL realiza una transposición en general muy ajustada a la Directiva, incorporando literalmente el contenido de ésta en muchos de sus artículos.

Adicionalmente, cuando el APL va más allá de lo exigido por la Directiva, robustece la protección al consumidor, lo que, en general, podría mejorar la dinámica comercial de esos mercados reduciendo las asimetrías de la información o minorando la incertidumbre y los riesgos del consumidor, facilitando una decisión informada..

Por otra parte, la protección a los consumidores y usuarios que establece el APL se configura como un nivel mínimo de protección de carácter horizontal aplicable a todos los contratos, sin perjuicio de que la regulación sectorial pueda establecer un nivel de protección superior. La CNC valora positivamente que el APL deje claro que este nivel mínimo fijado horizontalmente solo podría ser vulnerado si existiese una normativa sectorial comunitaria que estableciese un nivel de protección inferior.

No obstante, la CNC advierte que en ocasiones, una regulación encaminada en apariencia a proteger los derechos e intereses del consumidor y usuario puede, en la práctica, no beneficiarle. Por ejemplo, una regulación de protección del consumidor que sea desproporcionadamente garantista puede, bajo determinados supuestos, incrementar innecesariamente los costes de transacción de operadores y consumidores, o incluso disminuir la capacidad de elección del consumidor. En estos casos, se pueden propiciar ventajas competitivas en la atracción de clientes por determinados operadores o relajar la tensión competitiva entre las empresas, obstaculizando la competencia efectiva en perjuicio último del consumidor y usuario².

² Un ejemplo de este posible conflicto ha sido examinado por la CNC en la regulación de las instalaciones necesarias para nuevas extensiones de la red de energía eléctrica y el régimen de comunicaciones entre distribuidor y solicitante al respecto. Este régimen ha sido modificado recientemente mediante la Disposición Final Cuarta del Real Decreto 1623/2011, de 14 de noviembre, por el que se regulan los efectos de la entrada en funcionamiento del enlace entre el sistema eléctrico peninsular y el balear, y se modifican otras disposiciones del sector eléctrico, que modifica el artículo 9.3 del Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, por el que se establece el régimen retributivo de la actividad de distribución de energía eléctrica. La modificación operada establece que el distribuidor eléctrico de cada zona, ante una solicitud de condiciones técnico-económicas para la extensión de la red, debe enviar en tal momento, junto al presupuesto correspondiente a las actividades que le corresponde realizar en exclusiva como monopolista en la distribución, otro presupuesto correspondiente a las actividades no reservadas al distribuidor, que podrían ser contratadas con cualquier instalador autorizado en el mercado liberalizado.

A pesar de que la normativa aparenta reforzar los derechos del solicitante imponiendo una obligación de información, en realidad genera una ventaja irreplicable que privilegia al distribuidor de zona frente al resto de distribuidores e instaladores autorizados, induciendo a la contratación con el distribuidor, propiciando la relajación de tensiones competitivas entre éste y aquéllos en la captación de clientes mediante ofertas competitivas y estableciendo un sistema análogo a un precio de referencia en este mercado.

En consecuencia, la CNC, tras alertar en diversos informes sobre el obstáculo a la competencia que generaría la norma (en particular el IPN 60/11, sobre otro Proyecto de Real Decreto en el que en principio se anunció esta disposición) consideró oportuno impugnar en sede jurisdiccional la medida, con arreglo a la legitimación activa que le proporciona el artículo 12.3 LDC.

En definitiva, la protección de los derechos del consumidor debe procurar propiciar, y en todo caso no perjudicar, la competencia efectiva en el mercado, especialmente en una norma que fija el nivel mínimo de protección al consumidor que toda la normativa sectorial que no provenga directamente de normativa comunitaria debe respetar o incrementar.

La siguiente observación específica trata esta cuestión en relación con aspectos concretos de la normativa proyectada, que no se derivan en sentido estricto de la mera transposición de la Directiva.

III.2 El momento de la vinculación entre empresario y consumidor en contratos mediando contacto telefónico

El nuevo artículo 98 del Texto Refundido introducido por el apartado 19 del APL (*Requisitos formales de los contratos*) incluye una innovación relevante en relación con los contactos telefónicos a instancia del empresario para la celebración de contratos telefónicos. En concreto, el apartado 6 del artículo 98 establece:

“En aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms.”³

La CNC ha considerado, tanto en sede de expedientes de prácticas restrictivas de la competencia⁴ como de informes sobre proyectos normativos (IPN) relativos a

³ En este ámbito, la Directiva comunitaria ha dejado margen a los Estados miembros, al establecer lo siguiente en su artículo 8.6:

“En caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, los Estados miembros podrán establecer que el comerciante ha de confirmar la oferta al consumidor, que solo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito. Los Estados miembros podrán establecer asimismo que dichas confirmaciones han de realizarse en un soporte duradero.”

⁴ La CNC tuvo la oportunidad de examinar las limitaciones a la contratación con consentimiento verbal recabado telefónicamente y con grabación telefónica en el Expediente S/0184/09 Gas Natural, en el que un operador no otorgaba validez al consentimiento así recabado, limitando al consumidor la posibilidad de cambio de suministrador.

Sin perjuicio de las particularidades de este asunto, la CNC al igual que otros organismos reguladores, consideró que debía otorgarse validez contractual a la contratación telefónica, sin posterior confirmación

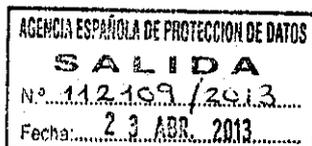
mercados de suministros⁵, que resulta positivo para la dinámica competitiva que el consentimiento se pueda manifestar de manera inequívoca por medios distintos de los escritos⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, y sin perjuicio de que la medida normativa pueda considerarse necesaria y proporcionada, la CNC recuerda que su interpretación no debe obstaculizar innecesaria ni desproporcionadamente la competencia y su aplicación por los operadores debe ajustarse a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En particular, el diferimiento de la vinculación del consumidor o usuario al momento en que preste su consentimiento por escrito no puede amparar que, en su caso, la tramitación del cambio de suministrador se dificulte por parte del suministrador de origen.

escrita del consentimiento, en la medida en que permitiera garantizar la identidad del cliente y su voluntad inequívoca.

⁵ En el IPN 25/09 relativo al sector de hidrocarburos (sobre el Real Decreto 197/2010, de 26 de febrero, por el que se adaptan determinadas disposiciones relativas al sector de hidrocarburos a lo dispuesto en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en su fase de proyecto), la CNC consideró favorablemente el cambio de suministrador de comercializador de gas natural a través de cualquier medio contrastable que permitiera garantizar la identidad del cliente y su voluntad inequívoca de contratar, reduciendo así los costes de cambio de suministrador a soportar por los usuarios del servicio.

⁶ Con el propósito de reducir la posibilidad de que los incumbentes desarrollen estrategias destinadas a dificultar el cambio de proveedor de sus clientes o usuarios, amparándose en que el consentimiento no se ha manifestado de manera fehaciente.



DG/93/12

Examinada su solicitud de informe, remitida a esta Agencia Española de Protección de Datos, referente al Anteproyecto de Ley por la que se reforma el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, solicitado de esta Agencia Española de Protección de Datos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 37 h) de la Ley Orgánica, de 13 de diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal, y 5 b) del Estatuto de la Agencia, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, cúmpleme informarle lo siguiente:

I

El Anteproyecto sometido a informe tiene por principal objeto la modificación del régimen de protección de los consumidores y usuarios, contenido en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, a fin de ajustar el mismo a lo dispuesto en la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, reguladora de los Derechos de los consumidores, que modifican la Directiva 93/13/CEE, del Consejo y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y derogan la Directiva 85/577/CEE, del Consejo y la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, reformándose el régimen regulador de los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles. De este modo, y sin perjuicio de otras modificaciones contenidas en el Texto sometido a informe, la mayor parte del mismo tiene por objeto la modificación integral del Título III del Libro II de la Ley, referido al régimen de esta categoría de contratos. Asimismo, el Anteproyecto sometido a informe deroga lo establecido en los artículos 39 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista, y en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuyas disposiciones, según se señala en la Exposición de Motivos, son incompatibles con el régimen de armonización máxima establecido en la Directiva objeto de transposición.

Obviamente, la mayor parte de las previsiones contenidas en el Anteproyecto establecen un régimen de garantías de los derechos de los consumidores en la contratación de bienes y servicios que exceden, en cuanto a su ámbito de protección, del régimen contenido en la Ley Orgánica 15/1999, al tener por objeto el establecimiento de garantías que eviten la contratación de los citados bienes o servicios de forma fraudulenta o engañosa o a evitar que el consumidor y usuario no tenga conocimiento o tenga un conocimiento equivoco





de las condiciones que gobiernan la contratación o de los derechos que la Ley le otorga en relación con la misma.

No obstante, es preciso tener en cuenta que cuando el consumidor sea una persona física la contratación de los bienes o servicios a los que se refiere la Ley implicará como regla general, y máxime en los supuestos de contratación a distancia, un tratamiento de los datos personales del consumidor y usuarios, que deberá ser objeto de protección conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 y sus disposiciones de desarrollo. De este modo, la interacción entre los regímenes de protección de datos de carácter personal y protección de los consumidores y usuarios resulta evidente, siendo necesario que las previsiones contenidas en el Anteproyecto no puedan generar confusión en la aplicación del régimen de protección de datos cuando esa interrelación pudiera resultar más evidente.

Hecha la anterior consideración, son cuatro las cuestiones en que el régimen contenido en el Anteproyecto puede tener una mayor interrelación con las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 15/1999: la información a facilitar al consumidor y usuarios, el establecimiento de líneas de atención o comunicación con el cliente, la realización de comunicaciones comerciales y los procedimientos de prueba de la celebración del contrato, teniendo en cuenta, en cuanto a éstos último, el ingente incremento de denuncias presentadas ante la Agencia Española de Protección de Datos por interesados que dicen no haber contratado los servicios que están siendo objeto de facturación a los mismos, con la consiguiente consecuencia, en un gran número de ocasiones, de la inclusión de sus datos en ficheros relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias.

II

En relación con la información que deberá ser facilitada a los consumidores, el artículo 60 del Texto refundido, en la redacción dada al mismo por el Anteproyecto establece en su apartado 2 que "serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicio establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además" la enumerada por el propio precepto, dentro de la cual se hace referencia (apartado i) a la información referida a "cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección" y (apartado j) "toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer".

Del mismo modo, en el caso de contratos a distancia, el artículo 97.1 impone al empresario la obligación de facilitar, entre otra información, la citada en los apartados anteriores del artículo 60 (apartados s) y t) del artículo 97.1).



Ciertamente, el artículo 6.1 de la Directiva 2011/83/UE establece que "antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el comerciante le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información: (...) s) cuando proceda, toda interoperatividad pertinente del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el comerciante o que quepa esperar razonablemente que este pueda conocer; t) cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo no judicial de reclamación y recurso al que esté sujeto el comerciante y los métodos para tener acceso al mismo". De este modo, el artículo 97.1 tiene por objeto la transposición de la citada Directiva, mientras que el artículo 60.2 tiene por objeto establecer estos deberes de información con carácter general en cualesquiera supuestos de contratación de bienes y servicios.

Sin perjuicio de todo ello, debe recordarse que en materia de protección de datos de carácter personal se establecen asimismo una serie de deberes de información al afectado, en este caso consumidor y usuario, cuyo recordatorio en las normas a las que venimos haciendo referencia en este punto resultaría necesario para garantizar los derechos de los afectados y la seguridad jurídica derivada de su inclusión también en este texto normativo. Además, dicha normativa se complementa con lo establecido en la disposición adicional única del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, aprobado por Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, según la cual "Los productos de software destinados al tratamiento automatizado de datos personales deberán incluir en su descripción técnica el nivel de seguridad, básico, medio o alto, que permitan alcanzar de acuerdo con lo establecido en el Título VIII de este Reglamento".

Sobre la legalidad de esta disposición adicional se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de julio de 2010, en cuyo fundamento de derecho vigésimo tercero se señala lo siguiente:

"Afirma la recurrente que impone a los responsables y encargados de los ficheros y tratamientos la utilización de determinados productos de software y a los fabricantes, distribuidores y vendedores de dichos productos de incluir las descripciones técnicas que exige la norma. Sostiene que la primera es una obligación no exigible por la Ley ni por la Directiva, y que la segunda crea una barrera al comercio dentro de los países de la Unión.

La impugnación debe desestimarse. Ni la disposición adicional impone a los responsables y encargados de los ficheros y tratamientos la utilización de un producto de determinadas características, en cuanto que lo único que exige es que se describan las características técnicas



del producto para que el adquirente pueda conocer si el nivel de seguridad que ofrecen cumple con las medidas que de tal naturaleza se previenen en el Título VIII, relativo a las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal, ni implica una restricción al comercio, pues dentro del ámbito competencial que le es propio, lo único que viene a exigir, en garantía de los compradores y también de los afectados por el tratamiento de datos, es la indicación de aquellas características.

En definitiva, responde a los deberes de seguridad que impone el artículo 9 de la Ley.”

Respecto de las condiciones generales establecidas en el artículo 60.2 del Texto Refundido podría considerarse que las citadas obligaciones de información podrían entenderse contenidas en las normas que resultan de aplicación, respecto de las que se establece una referencia general en el encabezamiento de la norma. No obstante, esta previsión no se contiene en el apartado 1 del artículo 97, en el que la enumeración de los deberes de información pudiera incluso considerarse taxativa.

Por otra parte, la inclusión de dos previsiones específicas relacionadas con estos deberes de información, aun no incluidas en la Directiva 2011/83/UE, no ha de considerarse contraria a la misma, toda vez que ambas traerían causa de la aplicación de las normas de transposición de la Directiva 95/46/CE, cuyo régimen también integrado en el derecho de la Unión ha de ser respetado por los Estados Miembros.

Por todo ello, se propone la inclusión de dos nuevas letras en los artículos 60.2 y 97.1 del Texto refundido, en la redacción propuesta por el Anteproyecto, en las que se incluyan también como deberes de información los siguientes:

“La información relativa al tratamiento de sus datos de carácter personal, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y sus disposiciones de desarrollo”

“Cuando se trate de productos de software destinados al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el nivel de seguridad, básico, medio o alto, que permitan alcanzar de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal.”



III

Por otra parte, el Anteproyecto modifica lo dispuesto en el artículo 21.2 del Texto Refundido, disponiendo en el párrafo segundo de dicho precepto que "En caso de que el empresario opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el consumidor no estará obligado a pagar más de la tarifa básica, sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas".

Debe en este punto tenerse especialmente en cuenta lo dispuesto en el artículo 24.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, que sería aplicable a este supuesto por cuanto la línea de atención al cliente podría ser empleada por el interesado para el ejercicio de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición. Dispone el citado precepto que "El ejercicio por el afectado de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición será gratuito y en ningún caso podrá suponer un ingreso adicional para el responsable del tratamiento ante el que se ejercitan. No se considerarán conformes a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y en el presente Reglamento los supuestos en que el responsable del tratamiento establezca como medio para que el interesado pueda ejercitar sus derechos el envío de cartas certificadas o semejantes, la utilización de servicios de telecomunicaciones que implique una tarificación adicional al afectado o cualesquiera otros medios que impliquen un coste excesivo para el interesado".

El problema se plantea por cuanto podría considerarse que el abono de la tarifa básica a la que se refiere el artículo 21.2 del Texto Refundido en la redacción dada al mismo por el Anteproyecto podría contravenir la exigencia de gratuidad a la que se refiere el citado artículo 24.3 del Reglamento.

No obstante, debe recordarse que la norma objeto de informe en el presente lugar tiene por objeto la transposición al derecho español de lo establecido en el artículo 21 de la Directiva 2011/83/UE, según el cual "los Estados miembros velarán por que, en caso de que el comerciante opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el consumidor –cuando se comunique con el comerciante– no esté obligado a pagar más de la tarifa básica", añadiendo en su párrafo segundo que "lo dispuesto en el primer párrafo se entenderá sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas".

En este sentido, debe tenerse en cuenta la redacción del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 procede de lo dictaminado, en fecha 15 de noviembre de 2007, por el Consejo de Estado al citado Proyecto, indicando



en el apartado 7.3 de su Dictamen que "El Consejo de Estado considera que, a la vista de los antecedentes legales, debería emplearse una única redacción en materia de ejercicio de los derechos, de modo que se indique que el mismo, gratuito, no supondrá ingreso alguno para el responsable del fichero o tratamiento procedente del interesado o afectado".

De este modo, cabe considerar que con la norma se pretende excluir de manera explícita que el ejercicio de dichos derechos supusiese en alguna manera un lucro para el responsable del fichero. Por dicha razón, y a los efectos de reforzar el contenido de lo ya expresado, se incluyó la expresión "en ningún caso", a los efectos de poder excluir, sea la forma y manera que fuere la existencia de cualquier clase de ventaja de naturaleza económico por el ejercicio de cualquiera de estas facultades por parte del afectado.

De este modo, el Reglamento excluye los supuestos en los que el afectado hubiera de satisfacer al responsable del fichero un precio como consecuencia del ejercicio de sus derechos, haciendo referencia el Reglamento, a título meramente ejemplificativo a determinados cauces habitualmente empleados por las empresas para la prestación de determinados servicios a los clientes, que pudieran implicar una vulneración concreta del principio de gratuidad, perseguido por la norma: el envío de cartas certificadas y la llamada a números de tarificación adicional.

De este modo, si la norma es interpretada en el sentido citado, especialmente teniendo en cuenta que su objeto según la norma comunitaria de la que trae causa será el que no quepa la realización de abono alguno al empresario, en el caso de las normas de protección de datos responsable del fichero, cabrá entender que su contenido resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 24.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, si bien cabría tener en cuenta lo señalado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Directiva 2011/83/UE, a fin de explicitar claramente que el consumidor y usuario no procederá a realizar abono alguno al empresario, sin perjuicio del que pudiera proceder a abonar al operador como consecuencia de la aplicación de la tarifa básica a la que se viene haciendo referencia.

IV

En tercer lugar debe hacerse referencia al régimen de comunicaciones comerciales, contenido en los artículos 94 y siguientes del Texto refundido, en la redacción dada a los mismos por el Anteproyecto. A tal efecto, el texto diferencia las comunicaciones dirigidas a los consumidores y usuarios por medios electrónicos (artículo 94), de las que se le dirijan a través de medios telefónicos (artículo 96, referido en sus apartados 2 a 4 a este tipo de medios a pesar de tener una rúbrica más amplia).



En cuanto a las primeras, el artículo 94 dispone que será de aplicación a las mismas, además de lo dispuesto en la propia Ley, lo establecido por la normativa reguladora de los Servicios de la Sociedad de la Información y del comercio electrónico, contenida en la Ley 34/2002, de 11 de julio.

Esta previsión es coherente con lo señalado por el apartado 61 del Preámbulo de la Directiva 2011/83/UE, que indica que "la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), regula las comunicaciones no solicitadas y ofrece un elevado nivel de protección de los consumidores. No se precisan, por lo tanto, las disposiciones correspondientes sobre el mismo asunto que figuran en la Directiva 97/7/CE".

Sin embargo, en relación con las comunicaciones telefónicas, aun sometidas al régimen de la citada Directiva y habiendo sido objeto de transposición en el Derecho español por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, el Anteproyecto sometido a informe establece un régimen específico disponiendo en la reforma del artículo 96.3 que "la utilización por parte del empresario de las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o el telefax necesitará el consentimiento expreso previo del consumidor y usuario". Además, añade el artículo 96.4, en la redacción propuesta por el Anteproyecto, que "en todo caso, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre protección de los menores y respeto a la intimidad. Cuando se utilicen datos personales procedentes de fuentes accesibles al público para la realización de comunicaciones comerciales, se proporcionará al destinatario la información que señala la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, y se ofrecerá al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas".

A tal efecto, debe recordarse que el artículo 38.3 de la Ley 32/2003, en la redacción resultante de la reforma operada por el Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, reconoce en sus apartados b) y h) los derechos de los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas "a que sus datos de tráfico sean utilizados con fines comerciales o para la prestación de servicios de valor añadido únicamente cuando hubieran prestado su consentimiento previo informado para ello" y "a no recibir llamadas y comunicaciones automáticas sin intervención humana, o mensajes de fax con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello".

Por otra parte, en el momento presente ha sido objeto de dictamen por parte de esta Agencia, en fecha 14 de marzo de 2013, el Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones, cuyo artículo 47 reconoce en sus apartados o) y p) los derechos de los usuarios finales:



o) A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.

p) A oponerse a recibir llamadas no deseadas y reiteradas con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en la letra anterior y a ser informado de este derecho”

Dicho precepto ha sido asimismo, como se ha indicado, objeto de informe por la Agencia Española de Protección de Datos, proponiéndose la modificación de su contenido. En el informe, en que remitiéndose al emitido a un Anteproyecto anterior en fecha 14 de marzo de 2011 la Agencia recuerda que aquél ponía ya de manifiesto la problemática que pudiera derivarse del establecimiento de este régimen, analizando los precedentes que se habían producido en la actuación de la Agencia para garantizar el derecho del interesado a no recibir llamadas o mensajes de fax con fines de venta directa. En los citados informes se indicaba lo siguiente:

“(…) en el informe emitido por esta Agencia en noviembre de 2008 en relación con la Inspección Sectorial de Oficio sobre llamadas telefónicas y mensajes a telefonía móvil con fines comerciales y publicitarios se describía en el apartado 4.5 una práctica llevada a cabo, generalmente, por operadores de telecomunicaciones, indicando que:

Una práctica habitual por las compañías encuestadas consiste en seleccionar a los destinatarios en función de los rangos de numeración móvil asignados a otro operador, adaptando así la oferta comercial a mejorar las condiciones ofrecidas por éste. Otras compañías, aunque manifiestan no realizar estas prácticas en la actualidad, reconocen que prevén hacerlo en el futuro.

La práctica consiste en elaborar secuencialmente listados de números telefónicos móviles y distribuirlos entre los distintos teleoperadores de la plataforma de atención al cliente. La información generada es plana pues consiste, en cada caso, en un número del que la compañía desconoce de entrada cualquier otro dato que permita identificar al titular de la línea. De hecho, la compañía sólo puede presuponer quién es el operador que le presta el servicio al titular, pudiendo ocurrir que éste último ya hubiera portado la línea a otro operador y que incluso sea éste precisamente el operador que realiza la campaña telefónica de captación.

Como ya se ha expuesto anteriormente, de acuerdo con la doctrina marcada por la Audiencia Nacional en distintas sentencias, la actividad



consistente exclusivamente en la marcación del número telefónico obtenido según el procedimiento antes descrito (dato disociado) no constituye en sí misma un tratamiento de datos de carácter personal cuando el destinatario no es identificable, por lo que no sería aplicable la normativa general de protección de datos. No obstante, si el promotor de la llamada fuera un operador de telecomunicaciones y los destinatarios fueran sus propios clientes, sí le sería aplicable la regulación especial prevista en el apartado 38.3. b) de la LGT.

Por otra parte, si el listado elaborado con números secuenciales al que nos referíamos anteriormente fuese contrastado con el fichero propio de clientes de la compañía para discriminar a éstos ("líneas portadas") y excluirlos de la campaña telefónica, esta actividad sí constituiría un tratamiento de datos de carácter personal, pues evidentemente involucra datos que tienen esta consideración. También sería aplicable la normativa de protección de datos en los casos en los que el número de la línea de telefonía móvil del destinatario de la llamada figura en un fichero de exclusión del propio promotor de la llamada o bien en un fichero común de exclusión, cuando éste sea constituido, circunstancia que hasta la fecha no se ha producido."

Respecto al razonamiento que se ha indicado, el apartado 2.4.3 del citado informe ponía de manifiesto la existencia de una laguna legal en la materia, indicando lo siguiente:

"En sentencia de 16 de noviembre de 2005, la Audiencia Nacional resolvió el recurso presentado contra una sanción impuesta por la Agencia Española con anterioridad a la entrada en vigor del RSU. El Tribunal no considera que la "llamada automática efectuada al domicilio del denunciante, sin intervención humana alguna, de forma aleatoria, sin que se conociera el titular de ese teléfono y sin que en la misma se hiciera mención alguna tampoco a datos personales del destinatario, pueda ser definida como tratamiento de datos de carácter personal en los términos establecidos en el indicado artículo 3.c) de la LOPD, ya que en ningún momento ha habido tal recogida, grabación, conservación o elaboración de los mismos. Simplemente ha existido una llamada telefónica de las características expuestas, pero en la misma no se ha producido el tratamiento de datos personales del recurrente, ya que ni siquiera se conocía por la autora el titular ni domicilio de ese número de teléfono, ni en esa grabación había referencia alguna tampoco a datos personales del destinatario, sino que era meramente publicitaria. Por ello, [...] esa inclusión en su fichero del número de teléfono del denunciante en los términos que lo hizo la actora, [...] no es un dato de carácter personal según el concepto definido en el artículo 3.a) de la LOPD – cualquier información concerniente a personas físicas



identificadas o identificables, puesto que no se contiene en sus archivos automatizados los nombres de sus titulares, sino simplemente esos números de teléfonos tomados de guías telefónicas de acceso público, sin otros datos asociados a los mismos.”

En similares términos se ha pronunciado el Tribunal en su reciente sentencia de 17 de septiembre de 2008, al considerar que en un caso similar no había quedado acreditado “que a través del número de teléfono móvil se haya identificado al titular del mismo o que a partir del citado número fuese posible tal identificación, de forma que el citado número de teléfono ayuno de otras circunstancias que identifiquen o pudiesen permitir identificar al titular del mismo impide que pueda encajarse en la definición legal de dato de carácter personal.”

De acuerdo con esta doctrina, queda claro que la LOPD sólo podrá aplicarse en aquellos supuestos en los que la llamada comercial se efectúa a una línea telefónica en circunstancias tales que el destinatario podría haber sido identificable para el promotor de la llamada.

A diferencia de lo que ocurre con las llamadas automáticas, el artículo 38.3 de la LGT no reconoce un derecho de los abonados o usuarios a no recibir llamadas con fines comerciales o de venta directa cuando las mismas se realizan por procedimientos no automáticos. Es decir, en este caso, la LGT carece de un tipo infractor específico cuya sanción se encomiende a la AEPD, que sólo es competente cuando se vulneren los derechos consagrados en el citado artículo de la LGT.

En consecuencia, al no haberse reconocido en este artículo los derechos que sí prevé el artículo 69.2 del RSU, la Agencia no puede sancionar su incumplimiento aplicando la LGT. Esta conducta sólo podría ser sancionada por la Agencia, sin embargo, cuando la llamada comercial (a un número fijo o móvil) se efectuara por un operador de telecomunicaciones a sus clientes (al implicar el tratamiento de sus datos de tráfico) o cuando existiera una vulneración de la LOPD, como ya se ha expuesto.”

Esta misma conclusión se ponía de manifiesto en las recomendaciones normativas contenidas en la Memoria de esta Agencia correspondiente al año 2008, en la que se señalaba que:

“La LGT no ha reconocido el derecho de los ciudadanos a no recibir comunicaciones comerciales no solicitadas a través de llamadas telefónicas aleatorias no automáticas. Ello supone que la vulneración de las garantías previstas en sus normas de desarrollo para este tipo de llamadas no pueda ser sancionada al no existir un tipo de infracción



específico. Debería subsanarse esta omisión incorporando a la LGT aquel derecho.”

Tomado en cuenta estos precedentes, el Anteproyecto sometido a informe introduce un nuevo derecho en el catálogo de los derechos de abonados y usuarios relacionados con la protección de datos y la privacidad, ahora incluidos en el apartado 9 del artículo 38 de la Ley 32/2003, en la redacción dada al mismo por el apartado veintiséis del artículo único del Anteproyecto. Así, la letra i) del artículo 38.9 reconoce el derecho “a no recibir llamadas y comunicaciones con fines de venta directa, distintas de las previstas en el párrafo anterior, no deseadas y reiteradas, salvo en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual. Asimismo, a no recibir dichas llamadas y comunicaciones sin su consentimiento expreso cuando hubieran decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público o hubiesen ejercido su derecho a que los datos que aparecen en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial”.

Como ya se ha dicho, la inclusión del derecho a no recibir llamadas aleatorias distintas a las señaladas en el apartado h) del artículo 38.9 de la Ley 32/2003 se corresponde con una reiterada petición de la Agencia Española de Protección de Datos en este sentido. No obstante, el precepto ahora analizado establece un régimen que podría generar determinada confusión en cuanto a su alcance y contenido y una posible colisión en la aplicación de la Ley 32/2003 y de la Ley Orgánica 15/1999.

En el citado informe de la Agencia se ponía de manifiesto el régimen aplicable en cada supuesto en que se efectuaban llamadas telefónicas con fines de venta directa.

- Así, se indicaba que la prohibición de realización de llamadas automáticas sin consentimiento del interesado aparecía recogida en el artículo 38.3 h) de la Ley 32/2003, siendo susceptible de sanción conforme a los artículos 38.3 c) ó 38.4 d) de la Ley 34/2002, por la remisión efectuada por la Ley General de Telecomunicaciones.

- Tratándose de llamadas no automáticas, si las mismas implicaban el tratamiento por los operadores de los datos de sus propios clientes, sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 38.3 b) de la Ley 32/2003, siendo la conducta constitutiva de infracción, en su caso, conforme a los artículos 53 z) ó 54 r) de la citada Ley.



- Si no se trataba de operadores respecto de sus clientes y el destinatario era una persona física identificada o identificable; es decir, cuando las llamadas no eran aleatorias, existía un tratamiento de datos de carácter personal, siendo la conducta del llamante en caso de no ostentar legitimación para el tratamiento de los datos (lo que sucederá si no cuenta con su consentimiento o si el interesado ha puesto de manifiesto su deseo de no recibir publicidad o se ha incorporado a una de las listas de exclusión previstas en el artículo 49 del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, así como cuando existan directorios telefónicos que pudieran permitir la identificación del interesado) constitutiva de infracción de la mencionada Ley.

- Por último, la conducta respecto de la que no existía régimen aplicable se refería a la realización de llamadas aleatorias cuando el destinatario de la llamada no fuera identificable; es decir, cuando sólo se contase con el dato del número de teléfono sin contar o poder contar con ninguna otra información. En este caso se hacía preciso establecer un régimen específico que garantizase los derechos del abonado, que debería incorporarse al régimen general de las telecomunicaciones, al poder ser aquél tanto persona física como jurídica.

Ello supone que en caso de mantenerse el inciso final del precepto en lo relativo a quienes hubiesen puesto de manifiesto en las guías su deseo de no recibir publicidad podría producirse un solapamiento entre el régimen establecido en la Ley Orgánica 15/1999 y la Ley 32/2003, dado que al hacerse referencia a número telefónicos respecto de los que existe un directorio telefónico o bien los datos de quienes hayan puesto de manifiesto esa circunstancia las convierte en personas identificables, siendo aplicable el régimen general previsto en la Ley Orgánica 15/1999.

Por otra parte, como se ha señalado, resulta necesario que el tratamiento que se lleve a cabo de los datos correspondientes al número de teléfono de los interesados lo sea con absoluta disociación de cualquier otro dato de los mismos sin que además sea posible lograr esa identificación, por lo que el ámbito del derecho reconocido en la Ley 32/2003 debería quedar limitado a las llamadas aleatorias en las que el número telefónico no aparezca en ningún directorio de telecomunicaciones, dado que en caso contrario nuevamente sería aplicable la Ley Orgánica 15/1999, al resultar la persona identificable.



Por otra parte, el precepto señala que no será posible la realización de llamadas "reiteradas", considerando esta Agencia que tal dicción introduce un concepto jurídico indeterminado que además no se corresponde con el régimen de protección que tanto la Ley Orgánica 15/1999 como la Ley 32/2003 deben perseguir. En este sentido no parece lógico que en igualdad de circunstancias el régimen exigible a las llamadas aleatorias realizadas de forma automática sea distinto al de aquéllas que se llevan a cabo a través de medios humanos, dado que en ambos casos se parte de la aleatoriedad en la elección del número al que se realiza la llamada, siendo la actuación de la persona llamante meramente mecánica y similar a la que se derivaría de la utilización para la realización de una llamada de una máquina. Del mismo modo, los perjuicios derivados de la llamada son similares en uno y otro caso, por lo que no parece lógico que en el segundo de ellos sea precisa la introducción de un elemento de reiteración inexistente en el primero.

Este mismo principio habría de tenerse en cuenta en relación con la naturaleza del consentimiento exigible en este caso, que debería resultar similar al establecido para el supuesto de realización de llamadas automáticas, al ser similares las circunstancias en uno y otro caso.

Por último, es preciso tener en cuenta igualmente la excepción introducida por el inciso primero del precepto, según el cual el derecho no concurrirá "en las circunstancias y en la medida en que esté justificado legalmente para hacer cumplir una obligación contractual". A juicio de esta Agencia este supuesto no podrá nunca concurrir por dos motivos esenciales:

En primer lugar, se está haciendo referencia a llamadas efectuadas exclusivamente con fines de venta directa, resultando improbable que una llamada efectuada a tales fines pueda ser precisa para hacer cumplir una obligación contractual.

En segundo término, la existencia de dicha relación presupone que el llamante ya cuenta con otros datos identificativos del interesado, derivados de la propia relación contractual ya generada, por lo que el tratamiento de tales datos ya se encontraría sometido a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, resultando probablemente amparado el tratamiento del dato del interesado que motiva la realización de la llamada en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999."

Teniendo en cuenta estos precedentes, la Agencia consideró que sería preciso el reconocimiento expreso de una serie de derechos que protegieran al usuario final frente a cualquier supuesto de recepción de comunicaciones



comerciales por medio de llamadas telefónicas y mensajes de fax, siendo en consecuencia homogénea la garantía de estos derechos mediante la aplicación en todo caso de los procedimientos de coerción o prevención establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones.

Por ello, se proponía que el Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones debería reconocer expresamente los siguientes derechos de los usuarios finales:

“- A no recibir llamadas y comunicaciones automáticas sin intervención humana, o mensajes de fax con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo, expreso e informado para ello.

- A no recibir sin su consentimiento, llamadas con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los referidos en el supuesto anterior, cuando hubieran decidido no figurar en las guías de comunicaciones electrónicas disponibles al público, ejercido el derecho a que los datos que aparecen en ellas no sean utilizados con fines de publicidad o prospección comercial, o solicitado la incorporación a los ficheros comunes de exclusión del envío de comunicaciones comerciales regulados en la normativa de protección de datos personales.

- A oponerse a recibir llamadas no solicitadas con fines de venta directa que se efectúen mediante sistemas distintos de los establecidos en el primero de los supuestos mencionados y a ser informado de este derecho.”

Ciertamente el apartado 3 del artículo 96 del Texto Refundido que propone la norma objeto de informe viene a recoger un principio similar al establecido como derecho de los usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas en el apartado h) del artículo 38.3 de la Ley 32/2003, sin perjuicio de que no se haga en el texto informado referencia al hecho de que el consentimiento habrá de ser informado.

No obstante el hecho de que el Anteproyecto no cubra la totalidad de los supuestos de comunicaciones comerciales a través de medios electrónicos distintos de los excluidos por el artículo 94 del Texto Refundido en la redacción propuesta podría plantear problemas a la hora de determinar el régimen aplicable en cada caso, siendo a nuestro juicio preferible que la regulación de este tipo de comunicaciones aparezca recogida en una sola norma y no, de forma parcial, en el Anteproyecto sometido a informe.

Por este motivo, se considera deseable que se establezca respecto de las comunicaciones a las que se refiere el artículo 96.3 un régimen de remisión general a la legislación de telecomunicaciones, sin perjuicio de la aplicación de



las normas del Anteproyecto que pudiera proceder en su caso, mediante una remisión similar a la establecida en el artículo 94 para las comunicaciones a través de correo electrónico y medios equivalentes.

Por todo ello, se propone que el artículo 96 comience con un apartado primero en que se establezca esta remisión general, seguido de las reglas contenidas en los actuales apartados 2 y 3 y concluyendo con las especialidades que inmediatamente se indicarán para el apartado 4. Así, la redacción del apartado 1 sería la siguiente

“1. En la utilización por el empresario de técnicas de comunicaciones electrónicas distintas de las mencionadas en el artículo 94 de esta Ley se aplicará, además de lo dispuesto en este título, la normativa específica sobre telecomunicaciones.”

V

Por otra parte, como se indicó, el apartado 4 del artículo 96 del Texto Refundido, en la redacción propuesta por el Anteproyecto, prevé en su segundo inciso que “Cuando se utilicen datos personales procedentes de fuentes accesibles al público para la realización de comunicaciones comerciales, se proporcionará al destinatario la información que señala la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, y se ofrecerá al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas”.

Sin perjuicio de que la categoría jurídica de las fuentes accesibles al público no haya desaparecido completamente del ordenamiento jurídico español, debe tenerse en cuenta que la referencia a las mismas efectuada por el Texto sometido a informe debe matizarse como consecuencia de los efectos derivados de la Sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de noviembre de 2011 y la consiguiente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2012, por la que se anula lo dispuesto en el artículo 10.2 b) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

La redacción propuesta del artículo 96.4 traería su causa de lo dispuesto en los artículos 5.5, párrafo segundo, y 30.2 de la Ley Orgánica 15/1999. Conforme al primero de ellos “tampoco regirá lo dispuesto en el apartado anterior cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público y se destinen a la actividad de publicidad o prospección comercial, en cuyo caso, en cada comunicación que se dirija al interesado se le informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento así como de los derechos que le asisten”. Además, según el artículo 30.2 “cuando los datos procedan de fuentes accesibles al público, de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 5.5 de esta Ley; en cada comunicación que



se dirija al interesado se informará del origen de los datos y de la identidad del responsable del tratamiento, así como de los derechos que le asisten”.

Ambos preceptos traerían su causa de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica, a cuyo tenor “Quienes se dediquen a la recopilación de direcciones, reparto de documentos, publicidad, venta a distancia, prospección comercial y otras actividades análogas, utilizarán nombres y direcciones u otros datos de carácter personal cuando los mismos figuren en fuentes accesibles al público o cuando hayan sido facilitados por los propios interesados u obtenidos con su consentimiento”.

Es te precepto partía del régimen establecido en los artículos 6 y 11 de la Ley Orgánica 15/1999, que tasaba las causas legitimadoras para el tratamiento y cesión de los datos, limitando así los supuestos de uso de los datos para la realización de comunicaciones comerciales a los dos casos mencionados por el precepto.

Sin embargo, la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de noviembre de 2011 añade un nuevo supuesto de legitimación a los establecidos en los citados artículos 6 y 11, al reconocer el efecto directo del artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE, a cuyo tenor “Los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si (...) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”.

El propio Tribunal analiza la aplicación de esta norma al señalar, en los apartados 38 y siguientes, que:

“38 Dicho artículo 7, letra f), establece dos requisitos acumulativos para que un tratamiento de datos personales sea lícito, a saber, por una parte, que ese tratamiento de datos personales sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, y, por otra parte, que no prevalezcan los derechos y libertades fundamentales del interesado.

39 De ello se sigue que, en lo que respecta al tratamiento de datos personales, el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46 se opone a toda normativa nacional que, en el caso de que no exista consentimiento del interesado, imponga exigencias adicionales que se sumen a los dos requisitos acumulativos mencionados en el apartado anterior.



40 No obstante, ha de tenerse en cuenta que el segundo de esos requisitos exige una ponderación de los derechos e intereses en conflicto, que dependerá, en principio, de las circunstancias concretas del caso particular de que se trate y en cuyo marco la persona o institución que efectúe la ponderación deberá tener en cuenta la importancia de los derechos que los artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea confieren al interesado (en lo sucesivo, «Carta»).

En cuanto al hecho de que los datos figuren en fuentes accesibles al público, en los apartados 44 y siguientes la sentencia indica:

“44 En lo que respecta a la ponderación requerida por el artículo 7, letra f), de la Directiva 95/46, cabe tomar en consideración el hecho de que la gravedad de la lesión de los derechos fundamentales de la persona afectada por dicho tratamiento puede variar en función de que los datos figuren ya, o no, en fuentes accesibles al público.

45 En efecto, a diferencia de los tratamientos de datos que figuran en fuentes accesibles al público, los tratamientos de datos que figuran en fuentes no accesibles al público implican necesariamente que el responsable del tratamiento y, en su caso, el tercero o terceros a quienes se comuniquen los datos dispondrán en lo sucesivo de ciertas informaciones sobre la vida privada del interesado. Esta lesión, más grave, de los derechos del interesado consagrados en los artículos 7 y 8 de la Carta debe ser apreciada en su justo valor, contrapesándola con el interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos.

46 A este respecto, procede subrayar que nada se opone a que, en ejercicio del margen de apreciación que les confiere el artículo 5 de la Directiva 95/46, los Estados miembros establezcan los principios que deben regir dicha ponderación.”

Como consecuencia de lo señalado en esta sentencia, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2012, como se ha indicado, anula el artículo 10.2 b) del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, referido a las fuentes accesibles al público como legitimador del tratamiento.

En consecuencia, el marco normativo de la protección de datos derivado de la adopción de las sentencias citadas introduce ciertas modificaciones en el régimen de las comunicaciones comerciales a las que se refiere el artículo 96.4 del Texto Refundido en la redacción contenida en el Anteproyecto, dado que es posible que en determinados supuestos los datos sean recogidos de fuentes distintas a las estrictamente consideradas fuentes accesibles al público en la



definición dada a las mismas por los artículos 3 f) de la Ley Orgánica 15/1999 y 7 de su Reglamento de desarrollo, siendo lícito el tratamiento por aplicación del juicio de ponderación establecido por el artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE.

Ello impone una reconsideración del precepto ahora analizado, de forma que permita cubrir todos los supuestos de tratamiento de datos con fines de remisión de comunicaciones comerciales por los medios analizados en el artículo 96 y que no cuenten con el consentimiento del interesado, por aplicación de la regla de exclusión establecida en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 15/1999, completada con la aplicación directa del artículo 7 f) de la Directiva 95/46/CE acordada por el tribunal de Justicia de la Unión.

Por este motivo, se propone modificar el inciso segundo del artículo 96.4 propuesto, pasando a tener la siguiente redacción:

“Cuando para la realización de comunicaciones comerciales se utilicen datos personales sin contar con el consentimiento del interesado se proporcionará al destinatario la información que señala el artículo 30.2 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, y se ofrecerá al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas.”

VI

Resta por último hacer referencia a los preceptos reguladores de los requisitos formales de los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario, regulados por los artículos 98 y 99 del Texto Refundido, a los que el Anteproyecto da nueva redacción transponiendo lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Directiva 2011/83/UE.

En relación con este punto es preciso hacer referencia, como se anticipó al comienzo de este informe a una supuesto reiteradamente planteado ante esta Agencia Española de Protección de Datos, derivado de la existencia de un enorme número de denuncias en las que los interesados manifiestan que diversas compañías, pertenecientes esencialmente a los sectores de las telecomunicaciones, suministros de agua, gas y electricidad y sector financiero, les han facturado la realización de servicios no contratados por los mismos. Es decir, se cuestiona en definitiva la veracidad de contrataciones de servicios realizadas por medios telefónicos o telemáticos, y, con ello, la legitimidad de los tratamientos de sus datos personales para la realización de dichas contrataciones.

En este sentido, también se han incrementado el número de procedimientos sancionadores tramitados a empresas relativos a tratamientos de datos personales sin consentimiento por la realización de altas no



solicitadas en servicios, así como procedimientos relacionados con la contrataciones o compras fraudulentas de servicios derivadas de suplantaciones de identidad, en algunos de los cuales la Agencia ha constatado que las entidades prestadoras del servicio no han sido diligentes ni adoptado las medidas necesarias para acreditación de la identidad real del contratante.

En particular, durante los años 2010 y 2011 se registraron por estos motivos aproximadamente unas 1.115 denuncias y actuaciones previas de investigación, y se iniciaron más de 250 procedimientos sancionadores.

Estas denuncias han dado lugar a un gran número de procedimientos en que la Agencia Española de Protección de Datos ha impuesto a diversas compañías (fundamentalmente de los sectores indicados, pero también de otros sectores) sanciones por infracción de los artículos 6.1 y 4.3 de la Ley Orgánica 15/1999, al tratar datos sin contar con el consentimiento de los interesados, produciéndose además así una vulneración del principio de exactitud, consagrado por el segundo de los preceptos citados, según el cual "Los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado".

Ello a su vez ha generado una ingente doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en que se han venido confirmando las resoluciones dictadas por la Agencia, al apreciar que las entidades han procedido al tratamiento inconsentido de datos de sus supuestos clientes sin aportar una mínima prueba que siquiera indiciariamente permitiera acreditar que se había identificado diligentemente al supuesto cliente.

Así, se ha declarado que no se habían aportado tales indicios, frente a la negativa del consumidor y usuario a haber celebrado el contrato en supuestos en que no se aportaba por la entidad contratante el contrato supuestamente celebrado (SAN 20/7/2012) o los contratos escritos se aportaban sin copia del Documento Nacional de Identidad del denunciante (SSAN 28/12/2012 y 11/3/2013), en los que se aportaban por el empresario simplemente grabaciones de conversaciones de las que no se deriva la celebración del contrato (SAN 20/7/2012) o cuando se usaron datos de quien ya mantenía una relación contractual con el empresario para la celebración de nuevos contratos, negada por el consumidor (SSAN 2/2/2012, 20/7/2012, 30/11/2012, 11/1/2013 y 25/2/2013), facturarle nuevos servicios (SSAN 5/12/2012, 11/2/2013 y 11/3/2013) o asignarle servicios prestados a otro cliente que coincide con aquél en su nombre y apellidos (SAN 2/11/2012).

Asimismo, la Audiencia Nacional negó la existencia de contrato en los supuestos de vinculación de los datos de un cliente a los del contrato celebrado



con un tercero que aportó el documento nacional de identidad del cliente que había sido falsificado (SAN 1/3/2013), incluso con posterioridad a que se pusiera de manifiesto este hecho (SAN 8/2/2013).

Otros supuestos en los que se ha negado la existencia de contrato se refieren a los casos de devolución inmediata del equipamiento cuya instalación estaba prevista en el contrato (SAN 22/2/2012), la existencia de laudo arbitral declarando inexistente el contrato (SAN 5/7/2012 y 20/12/2012) o la falta de consumo del servicio o la facturación de consumos de cuantía ínfima (SAN 21/12/2012).

La doctrina judicial citada se aporta únicamente a título de ejemplo, siendo mucho más numerosas las sentencias relacionadas con este tipo de supuestos en los que se imputa al consumidor y usuarios la contratación de servicios que el mismo ni siquiera ha solicitado, con el consiguiente tratamiento de sus datos de carácter personal, al margen de la posible existencia de infracción de otras normas distintas a la Ley Orgánica 15/1999.

Además, el supuesto se agrava como consecuencia del hecho de que negado por el consumidor el abono de los servicios facturados como consecuencia de ese supuesto contrato, el empresario insta la inclusión de los mismos en ficheros de solvencia patrimonial y crédito referidos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, regulados por el artículo 29.2 de la Ley Orgánica 15/1999, con el consiguiente perjuicio para el consumidor derivado de la consulta por terceros de dichos ficheros

Teniendo en cuenta estas circunstancias, la Agencia ha considerado que sería necesaria la adopción de medidas diligentes de identificación de los clientes que permitan acreditar el cumplimiento de una mínima actividad probatoria por parte del empresario que impida la causación de los perjuicios a los que se ha venido haciendo referencia. Estas medidas, partiendo de la doctrina judicial citada, podrían a juicio de la Agencia ser las siguientes:

- En el caso de existencia de un contrato escrito, como se desprende de los previstos en los artículos 98 y 99 del Texto Refundido en la redacción propuesta, que se recabe y conserve documentación acreditativa de la identidad del contratante (copia de DNI u otro documento acreditativo de la identidad).
- En caso de que la concurrencia de la oferta y la aceptación se diera de forma telefónica, la conservación de las grabaciones donde consta el consentimiento para la contratación, adoptando medidas que permitan garantizar su autenticidad e integridad y la identificación fiable de los manifestantes y la no alteración del contenido de lo manifestado.



- En los casos de contratación por Internet, sería recomendable habilitar la utilización de firma electrónica avanzada del contratante ya que la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, atribuye a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita, o la implantación de medidas que garanticen la identidad del contratante mediante el envío de claves de confirmación a una dirección de correo electrónico del consumidor cuya utilización sea necesaria para culminar el proceso de contratación.

Ciertamente, esta Agencia es consciente de que el Anteproyecto sometido a informe, atendido su rango normativo, no es el lugar idóneo para la inclusión de este tipo de medidas concretas. No obstante, sí considera preciso que se clarifique en el texto la necesidad de que las mismas, en los términos que sean precisos para garantizar una mínima diligencia del empresario en la identificación del consumidor y usuario, sean tenidas en cuenta y exigidas con carácter general, aplicando a las mismas el régimen de carga de la prueba derivado de la aplicación de los artículos 98.9 y 99.4 del Texto refundido en la redacción dada por el Anteproyecto.

Por este motivo, se propone la inclusión de un nuevo apartado primero en los artículos 98 y 99 del Texto Refundido, con el siguiente tenor:

“El empresario deberá adoptar medidas que le permitan identificar inequívocamente al consumidor y usuario con el que celebra el contrato.”

Madrid, 22 de abril de 2013.

EL DIRECTOR DE LA AGENCIA ESPAÑOLA
DE PROTECCIÓN DE DATOS


Fdo.- José Luis Rodríguez Álvarez.

**SR. SECRETARIO GENERAL TÉCNICO DEL MINISTERIO DE SANIDAD,
SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD.**



MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD



INSTITUTO
NACIONAL
DEL CONSUMO

BG/93/12



MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS
SOCIALES E IGUALDAD
REGISTRO INTERNO
SECRETARIA GENERAL TECNICA
ENTRADA
N. de Registro: 2151
Fecha: 26/09/2012 14:00:27

OFICIO

S/REF.:

N/REF.: SGANYAC/gg

FECHA: 24 de septiembre de 2012

ASUNTO: ANTEPROYECTO DE LEY POR EL QUE SE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS, APROBADO POR EL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2007, DE 16 DE NOVIEMBRE.

DESTINATARIO: SECRETARIO GENERAL TECNICO.

En relación con su escrito que ha tenido entrada en este Organismo el 27 de julio de 2012, se remite informe elaborado por el Consejo de Consumidores y Usuarios, relativo al Real Decreto en el asunto de referencia.

LA SUBDIRECTORA GENERAL DE ARBITRAJE,
NORMATIVA Y ASOCIACIONISMO DE CONSUMO



Milagros Yagüe Maricalva



MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS
SOCIALES E IGUALDAD
REGISTRO AUXILIAR
INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO
SALIDA

N. de Registro: 1508 / RG 48244

Fecha: 25/09/2012 09:56:32

CORREO ELECTRÓNICO:

subdireccion.arbitraje@consumo-inc.es

17 OCT. 2013 17:49:22 Entrada: 83028

C/ PRÍNCIPE DE VERGARA, 54
28006 MADRID
TEL: 91.822.44.87
FAX: 91.822.45.51

En virtud del artículo treinta y nueve del 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 y el artículo 2, apartado a) del Real Decreto 487/2009, de 3 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 894/2005, de 22 de julio, por el que se regula el Consejo de Consumidores y Usuarios, en relación con el:

Anteproyecto de Ley por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre.

El Consejo de Consumidores y Usuarios emite el siguiente informe de:

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El anteproyecto de Ley tiene como finalidad incorporar al ordenamiento jurídico interno la 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 se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Los criterios seguidos para la transposición se han basado en "la fidelidad al texto de la Directiva" y en el "principio de mínima reforma de la actual normativa", sin embargo, introduce elementos no previstos en el texto de la Directiva.

El cumplimiento del "principio de fidelidad a la Directiva", del anteproyecto hace que no se tengan en cuenta que se trata de una Directiva de "armonización plena", pero de carácter "sui generis" debido a su tramitación que obligó a la Comisión a aceptar, varias derogaciones a favor de la armonización mínima, en base a los Estados miembros pueden, mantener, modificar o establecer nuevas normas de carácter complementario a las de armonización plena, pudiendo convivir, perfectamente ambas.

Esto es posible, a tenor del artículo 4 de la Directiva que establece que "los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contra de la presente Directiva".

Nos encontramos ante una Directiva de armonización plena del sector regulado. Es decir, los Estados miembros no pueden modificar o introducir en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en ella, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la misma.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en caso de conflicto entre las disposiciones de esta Ley y otras disposiciones de carácter sectorial que regulen los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de normativa de la Unión Europea, prevalecerán estas últimas en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa de la que traigan causa.

La Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre procede a:

- derogar la normativa europea vigente sobre protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales,
- establece un nuevo marco legal, para los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.
- modifica la normativa europea sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo.

El resultado es mucho menos ambicioso que la propuesta, pues, los diversos regímenes contractuales estatales sobreviven al margen de la Directiva en la medida en que no estén afectados por ella, según establece su artículo 3,5.

La Directiva 2011/83/UE, cuenta con 35 artículos y con el contenido siguiente:

-El Capítulo I (artículos 1 a 4), contiene definiciones comunes, como las de "consumidor" y "comerciante", regulando el ámbito de aplicación, excluyendo de ellos determinados contratos, consagrando, con carácter general el principio de armonización máxima que, después resulta notablemente exceptuado.

-El Capítulo II (artículo 5) contiene un conjunto de informaciones que los comerciantes deben facilitar antes de celebrar un contrato con consumidores en contratos distintos de los contratos a distancia o los celebrados fuera del establecimiento.

-El Capítulo III(artículos 6 a16), que sólo se aplica a los contratos a distancia y a los contratos celebrados fuera de establecimiento, establece requisitos de información específicos y regula de forma coherente el derecho de desistimiento (duración, ejercicio, y efectos). También hace referencia a un modelo de documento de información al consumidor sobre el desistimiento, y a un formulario normalizado de desistimiento, reproducidos ambos en el anexo I.

-El Capítulo IV (artículos 17 a 22) contempla otros derechos de los consumidores, relacionados con la fase de ejecución del contrato. Todos estos preceptos se aplican a los contratos de venta, pero sólo algunos de ellos a poscontratos de servicios (en concreto, los artículos 19,21 y 22). El artículo 18 regula cuándo ha de producirse la entrega de la cosa vendida, los remedios del comprador ante la falta de entrega (petición de cumplimiento y resolución), y los efectos de la resolución. El artículo 20 trata de cuándo se transmite el riesgo de pérdida de la cosa del vendedor al consumidor. Los demás preceptos se refieren al coste de utilización de medios de pago (artículo 19), el coste de la tarifa telefónica que el consumidor debe abonar para comunicarse con el vendedor (artículo), y la imposibilidad de cobrar al consumidor cantidades distintas a la remuneración por el bien o servicio, salvo que exista consentimiento expreso de éste (artículo 22).

-El Capítulo V (artículos 23 a 30) contiene normas técnicas: remisión a los Estados miembros de la fijación de la sanciones, y de los organismos nacionales encargados de que se apliquen las normas nacionales de transposición, fecha de transposición, previsión de un informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva. Tiene dos excepciones: el artículo 25 que establece el carácter imperativo de la Directiva, y el artículo 27 que prohíbe el envío no solicitado de bienes o la prestación no solicitada de servicios.



-Por último, el **Capítulo VI** (artículos 31 a 35), incluye unas disposiciones finales relativos a la cláusula derogatoria, la fecha de entrada en vigor de la Directiva y la modificación de las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE; finalizando con dos Anexos, uno relativo a la información sobre el ejercicio del derecho de desistimiento incluye un modelo de documento de información al consumidor sobre el desistimiento y un modelo de formulario de desistimiento y otro que contiene una tabla de correspondencias entre la Directiva 2011/83/UE y las Directivas 85/577/CEE y 97//CE.

La transposición de la citada Directiva persigue importantes objetivos, tales como:

- Reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores como de los empresarios.
- Contribuir a la eliminación de las disparidades existentes en la legislación europea de los contratos celebrados entre empresas y consumidores que crean obstáculos significativos en el mercado interior.
- Elevar el nivel de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, en relación, entre otros, con los **siguientes aspectos**:

a) *Se amplía notablemente la información que es preciso facilitar a los consumidores y usuarios, tanto con carácter general como en especial en los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario, regulando los requisitos formales en orden a facilitar esa información.*

Se establece la obligación precontractual de informar que se dirige específicamente a la celebración de un contrato y cuyo régimen es distinto de las obligaciones genéricas de informar del RDL 1/2007(artículo 12), o de la publicidad.

Este deber pesa sobre el empresario o profesional sin que formule regla alguna sobre el concepto de "anticipación razonable" y resulta aplicable a cualquier modalidad o tipo contractual. Abarca las condiciones jurídicas y económicas principales del contrato e introduce la transparencia total del precio, con impuestos incluidos, es decir con todas las condiciones que permiten al consumidor decidir racionalmente.

Establece el contenido mínimo y el modo o cualidades de la información, para que ésta sea eficaz, fijando la regla de la gratuidad para el consumidor y que esté redactada, al menos en castellano en base a que la Directiva deja claro en su Considerando 15 los Estados miembros podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, requisitos de carácter lingüístico respecto a la información de los contratos y las cláusulas contractuales y posteriormente en el artículo 6,7 de la Directiva faculta a los Estados miembros para mantener o introducir requisitos de carácter lingüístico en relación con la información precontractual.

Resulta importante la transparencia exigida del "precio total" que debe incluir todas las partidas o prestaciones accesorias que influyen al tiempo de contratar, por lo que es importante que se detallen o desglosen aquellos costes que necesariamente se aparejan a la prestación principal que faciliten la comparación de ofertas por el precio.

A través de este conjunto de deberes se protege también a la competencia en el mercado, puesto que su satisfacción permite al consumidor compara entre las distintas ofertas. Por eso extraña, que a la vista de la importancia dada a la información precontractual, el anteproyecto no contenga previsión alguna en relación con su por parte del empresario.

b) *Se lleva a cabo una nueva regulación del derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del empresario, que contempla las consecuencias de la omisión de la información sobre este derecho, los efectos del desistimiento, tanto para el empresario como para el consumidor, las obligaciones que ambas partes asumen una vez ejercitado, las excepciones al mismo, así como la incorporación de un formulario normalizado de desistimiento, que opcionalmente podrá utilizar el consumidor y usuario, al tiempo que se amplía el plazo para su ejercicio de 7 días hábiles a 14 días naturales.*

Se produce una mejora en el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor al incluir aquí también los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, el ejercicio, por parte del consumidor, de su derecho de desistimiento conforme a las disposiciones de esta ley, tendrá por efecto la resolución automática y sin coste alguno para el consumidor de todo contrato complementario, excepto los contemplados en el artículo 106.2 y en el artículo 107. A tal efecto, se entiende por contrato complementario aquel por el cual el consumidor adquiere bienes o servicios relacionados con el contrato principal, a distancia o celebrado fuera del establecimiento y dichos bienes o servicios son proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario.

c) *Se incorporan, con distinto alcance, otros derechos de los consumidores y usuarios referidos a la forma y plazos de entrega de los bienes adquiridos, al momento en que tiene lugar la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro del bien, los límites a los cargos por la utilización de medios de pago, la limitación de la tarifa que puede cobrar el empresario que opere una línea telefónica a efectos de que el consumidor pueda comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, así como la necesidad de que el empresario obtenga el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del empresario.*

Concretamente se considera de forma muy positiva los derechos que introduce esta norma con relación a la entrega de bienes adquiridos, según el artículo 66 bis, que por una parte supone una clara transposición del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE, y otra parte supone una mejora en los derechos del consumidor, al establecer un plazo máximo de entrega de 30 días naturales desde la resolución del contrato de todas las cantidades abonadas por el consumidor o usuario, y de permitir reclamar el pago del doble de la suma adeudada, sin perjuicio del derecho a reclamar por los daños y perjuicios sufridos.

Igualmente, se introduce una mejora importante en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios en virtud de la transposición del artículo 27 de la Directiva 2011/83/UE, al establecer una prohibición de suministro de bienes, agua, gas, electricidad, calefacción o de prestación de servicios a los consumidores o usuarios, cuando éstos no hayan sido solicitados y, además, requieran una petición de pago de cualquier naturaleza, así como la posibilidad de ser indemnizado por los gastos en caso de devolución de los mismos o por los daños y perjuicios que se hubieran causado.

También con la modificación del artículo 77 se produce una mejora en el ejercicio del derecho de desistimiento del consumidor al incluir aquí también los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario.



En cuanto a las cuestiones que quedan fuera del ámbito de la Directiva 2011/83 creemos que requieren algún tipo de actuación, destacamos, en primer lugar, la necesidad de mejorar y aprobar la Ley de Servicios de Atención al Cliente, cuyo texto fue remitido al Consejo de Consumidores y Usuarios en abril del pasado año 2011.

Los Servicios de Atención al Cliente (SAC) son una parte fundamental de las empresas y esencial para los consumidores, ya que, es la única vía de contacto con la entidad que le permite resolver los problemas, incidencias o cualquier otra cuestión relacionada con el servicio contratado o bien adquirido. Las asociaciones de consumidores constatamos cómo estos servicios, principalmente en las grandes empresas, son muy deficientes; una parte importante del personal de estos servicios no tienen formación por lo que, en ocasiones, existen verdaderos problemas para poder llegar a resolver una incidencia sin que ello suponga un quebradero de cabeza para un consumidor. Además, existe una incomprensible descoordinación de los distintos departamentos de los SAC.

Otro ámbito que requiere una regulación adicional y un mayor control es la actividad publicitaria y comercial de las entidades. En virtud de algunas prácticas empresariales, creemos que es muy importante establecer mecanismos legales adicionales de defensa de los derechos de los consumidores que no permitan la indefensión de éstos frente, en este caso, a las llamadas de carácter comercial de algunas entidades. En este tipo de actividad, que tiene por objetivo vender un producto o servicio, en ocasiones, se omite información o se facilita información errónea que supone un engaño al consumidor y una infracción. No obstante, en la mayoría de los casos, esta llamada no queda registrada por lo que el consumidor no puede demostrar el ofrecimiento de la misma, creando así una enorme inseguridad jurídica para el mismo.

También queremos hacer referencia expresa a la cuestión, ya por otra parte reiterada en todos los foros por todas asociaciones de consumidores, que se refiere a la publicidad de los precios de las compañías aéreas.

Este tipo de prácticas ilegales, que se dan de forma reiterada, están sancionadas por el Real Decreto Legislativo 1/2007, la Ley General de Publicidad, la Ley de Competencia Desleal y el Reglamento 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo. No obstante, la Administración pública se abstiene de actuar de forma contundente y ejemplarizante.

II. OBSERVACIONES ESPECÍFICAS

ALEGACIONES AL ARTICULADO

Primera.- Artículo 3.

La modificación del concepto de consumidor del actual artículo 3 del RDL 1/2007 que establece: *"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros terceros y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional"*.

El **anteproyecto** pretende que el artículo 3 tenga la redacción siguiente:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

-La Directiva 2011/83/UE, establece en su artículo 2, las definiciones, entre las que señala en su número 1 la de consumidor, de la forma siguiente:

1) *“consumidor”*: toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión;

Comentario: A criterio del Consejo de Consumidores, se estima correcta, la modificación que se propone en cuanto a sustituir “ámbito ajeno” por “propósito ajeno” así como la inclusión en el artículo 3 de las actividades “comercial” y de “oficio” siguiendo los términos establecidos en la Directiva.

Segunda.- Artículo 4.

La modificación del concepto de empresario del actual artículo 4 del **RDL 1/2007**, que establece:

“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúan en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”.

El **anteproyecto** pretende que tenga la redacción siguiente:

“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. Por su parte, la Directiva 2011/83/UE establece en su artículo 2,2 lo siguiente:

2) *“comerciante”*: toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva;

Comentario: Parece correcta la formulación contenida, que amplía el concepto de “empresario” y el ámbito subjetivo de aplicación del RDL 1/2007, a las personas que actúen a través de agentes o representantes, clarificando que entran los ámbitos comerciales y de oficio.

Tercera.- Artículo 21 apartado 2

La modificación del actual apartado 2 del artículo 21 **RDL 1/2007** que establece:

“2.-Las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones. Si tales servicios utilizan la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance”.

El **anteproyecto** pretende que el apartado 2º tenga la redacción siguiente:

"2.- Las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones. Si tales servicios utilizan la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios a su alcance.

En caso de que el empresario opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el consumidor no estará obligado a pagar más de la tarifa básica, sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas".

Por su parte, la **Directiva** 2011/83/UE, en su artículo 21 establece, para las "comunicaciones telefónicas" lo siguiente:

"Los Estados miembros velarán por que, en caso de que el comerciante opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el consumidor —cuando se comunique con el comerciante— no esté obligado a pagar más de la tarifa básica. Lo dispuesto en el primer párrafo se entenderá sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas."

Comentario: A juicio de este consejo no se ha aprovechado la transposición para que en el apartado 2 de este artículo 21 se precise el modo o sistema tendente a que el consumidor tenga constancia de las reclamaciones interpuestas.

Tampoco consta el modo en que se puede sancionar el incumplimiento por parte del empresario y profesional de las oficinas y servicios de información y atención al cliente y que puede revestir una doble naturaleza, la pública propia de una sanción administrativa, previa tipificación como infracción del incumplimiento de los deberes de información del empresario y una privada que debe conectarse con los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, en caso de acudir a un proceso civil.

Como novedad y en línea con los apartados 3 y 4 del artículo 21 del RDL 1/2007, introducidos por la Ley 25/2009, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, viene a completar el régimen de las reclamaciones de consumo, ahora por vía telefónica.

Posiblemente, deberían tenerse en cuenta los preceptos del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los consumidores en el que se regulan los derechos y obligaciones de los operadores de redes y servicios públicos de comunicaciones electrónicas, desarrollado por la Orden ITC/1030/2007 de 17 de abril.

Este Real Decreto y la Orden ITC que lo complementa, establecen que los operadores deberán disponer de un servicio especializado y gratuito que tendrá por objeto atender quejas, reclamaciones y cualquier otra incidencia contractual planteada por los clientes, precisándose la dirección postal y electrónica, los teléfonos y en su caso la página web, debiendo constar en los contratos concertados por el prestador con el usuario. Cuando formulen sus quejas, si en el plazo de un mes, el abonado no obtiene respuesta o ésta

no es satisfactoria, dispone de un plazo de tres meses para iniciar la vía arbitral, o en su caso el procedimiento ante la SETSI.

Ante cualquier reclamación presentada telefónicamente el operador está obligado a comunicar al abonado el número de referencia de su reclamación para que éste pueda en todo momento iniciar su reclamación, y a informarle de su derecho a solicitar un documento que acredite la presentación y contenido de la queja o reclamación mediante cualquier soporte que permita tal acreditación.

El Anteproyecto introduce como novedad que en el caso de que el comerciante opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el consumidor-cuando se comunique con el comerciante- no estará obligado a pagar más de la tarifa básica. Sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas. Consideramos que el término tarifa básica no queda claro y necesita de concreción para una mayor protección.

El legislador no ha aprovechado la ocasión para atender una pretensión reiterada de las asociaciones de consumidores, como es la gratuidad de los servicios telefónicos de atención al público, en general y al cliente en particular. Aunque la propia Directiva nada estipula respecto sobre el coste del servicio telefónico de atención al público, entendemos que tiene que quedar claro que el consumidor no debería de estar obligado a pagar más de la tarifa básica, en general antes de celebrar el contrato y, como se ha indicado el artículo 21, cuando se tenga que poner en contacto el consumidor con el empresario,

Con esta redacción parece claro que queda prohibida la utilización de números de tarificación adicional que incrementen la cuenta de resultado del empresario a cargo de la formulación de consultas, quejas o reclamaciones por los consumidores. Pero lo que no queda claro es que se entiende por "tarifa básica": ¿es el coste de un servicio de llamada local, nacional, internacional o es el coste de una llamada en un servicio de tarificación especial como el 902?. Ya que la Directiva no lo especifica, debería ser el anteproyecto el que lo determinase, y en todo caso, obligase a exigir un número gratuito para el consumidor.

Si no se hace constar así, se corre el riesgo de que el comerciante opte por cualquier alternativa-siempre que no suponga la eliminación u obstaculización del ejercicio de derechos por los consumidores- que tenga por finalidad disuadir de la presentación de las quejas y reclamaciones mediante la habilitación de servicios de atención al cliente a través de números de costes que puedan resultar prohibitivos.

También debería quedar claro en el supuesto de optar el legislador por el pago que el consumidor debería empezar a pagar la "tarifa básica" desde el momento en que es efectivamente atendido, sin que pudiera cargársele el tiempo de espera, mensajes informativos o comerciales de la compañía, el tiempo empleado en su identificación o la de la propia cuestión planteada cuando ésta se produce de manera automatizada sin intervención personal. En todo caso, debería ofertársele desde el principio la posibilidad de ser atendido personalmente por un gestor de la compañía.

Cuarta.- Artículo 59, apartado 2.

Se pretende modificar el apartado 2 del artículo 59 del RDL 1/2007 que regula el "ámbito de aplicación de los contratos con los consumidores y usuarios" de la forma siguiente:

"2.- Los contratos con consumidores y usuarios se registrarán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles. La regulación sectorial de los contratos con consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma".

El anteproyecto pretende que la modificación sea la siguiente:

"2.- Los contratos con consumidores y usuarios se registrarán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles.

La regulación sectorial de los contratos de consumidores deberá respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en caso de conflicto entre las disposiciones de esta Ley y otras disposiciones de carácter sectorial que regulen los contratos con consumidores y usuarios en aplicación de normativa de la Unión Europea, prevalecerán éstas últimas en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa de la que traigan causa".

En la **Directiva 2011/83/UE**, el artículo 3-2º al tratar su "ámbito de aplicación" establece: *"2. Si las disposiciones de la presente Directiva entraran en conflicto con una disposición de otro acto de la Unión que regule sectores específicos, la disposición del otro acto de la Unión prevalecerá y será de aplicación a dichos sectores específicos".*

Comentario: Esta adición al apartado 2º del artículo 59 del RDL 1/2007, es la consecuencia de la incorporación del mandato contenido en el artículo 3-2º de la Directiva 2011/83/UE, de la prevalencia, en supuestos de conflicto entre una disposición de la Directiva y otra disposición de otro acto normativo de la Unión que regule sectores específicos, de estos sectores específicos (productos alimenticios, productos sanitarios, mercado interior de la electricidad u el gas natural, etc.).

Esta extensión de la prevalencia de la regulación de otros sectores específicos, a todos los contratos celebrados en sectores generales por los consumidores, excede del ámbito de la Directiva que sería la información precontractual, y los contratos a distancia y celebrados fuera de los establecimientos comerciales; esta regla no está debidamente motivada ni argumentada, ni beneficia en especial a los consumidores.

Quinta.- Artículo 59 bis

Se pretende, **en el anteproyecto**, añadir una definición del "contrato de venta", mediante la adición de un nuevo artículo 59 bis, con la siguiente redacción:

A efectos de esta norma, es contrato de venta todo contrato en virtud del cual el empresario transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto sea a la vez bienes y servicios.

Se consideran bienes a los efectos de este Libro, las cosas muebles tangibles, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento. El agua, el gas y la electricidad se considerarán bienes cuando estén envasados para la venta de un volumen delimitado o en cantidades determinadas”.

En la **Directiva 2011/83/UE**, en su artículo 2-5 se contempla la definición de “contrato de venta” siguiente:

“5) “contrato de venta” : todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios;”

También, en el artículo 2-3 de la **Directiva 2011/83/UE** se define el concepto de “bienes” de la forma siguiente:

“3) “bienes”: todo bien mueble tangible, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento. El agua, el gas y la electricidad se considerarán “bienes” en el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas;”

Comentario: Con la adición de estos apartados, vienen a transponer la definición de “contrato de venta” y de “bienes” al ordenamiento jurídico español, en los términos previstos en la Directiva, incluyendo que el agua, el gas y la electricidad, cuando estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, tendrán la consideración de “bien”.

Quedan excluidos todos los que no sean bienes muebles tangibles, incluso los bienes inmuebles. Así, pues, queda claro que el ámbito de aplicación para estos “contratos celebrados por los consumidores” queda circunscrito a los bienes muebles tangibles, con lo que se produce una divergencia, respecto a otras normas de protección del consumidor, como puede ser la Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio, que por ejemplo, en su artículo 3 define como “consumidor” al adquirente final de un bien inmueble, cuya regulación no quedará clara, pues no proviene de la transposición de una Directiva de la Unión Europea, con lo que no tiene la prevalencia que se le otorga a las Leyes cuyo origen es la transposición de una Directiva.

Puede resultar confuso que exista un concepto de “bienes” en este artículo 59 bis que sería de aplicación a “los contratos celebrados por los consumidores”, mientras que se continua con el concepto de “producto” que en el artículo 6 del RDL 1/2007 que se remite al concepto clásico de bien del artículo 335 del Código Civil. Debería, especificarse, en todo caso, si el concepto de producto resulta de aplicación, cuando no estemos ante un “contrato celebrado por consumidores”, o en que supuestos se debería aplicar.

Sexta.- Artículo 59ter

Por otra parte, se pretende incluir la definición de “contrato de servicios”, en el **anteproyecto** mediante un nuevo denominado artículo 59ter, con la siguiente redacción:

“A efectos de esta norma, es contrato de servicios todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio”.

Por su parte la **Directiva 2011/83/UE**, establece la definición de "contrato de servicios" de la forma siguiente:

6) *"contrato de servicios"* : todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio;

Comentario: Con la adición este nuevo artículo, se introduce en el Texto Refundido, la definición de contrato de servicios, de forma literal al establecido en la Directiva, que viene a coincidir en los sustancial con la definición de "servicio" contemplado en la Ley 17/2009 de 23 de noviembre("Ley Paraguas").

Queda claro que la intención del legislador comunitario era definir como bienes a los "tangibles", mientras que estaríamos ante una prestación de servicios en el caso contrario, como se deduce del régimen de la electricidad o del gas, o de los servicios en línea.

De todas formas, además de la definición de "contrato de servicio", debe tenerse en cuenta que el prestador de servicios tiene también el concepto de "productor" según el artículo 5 del RDL 1/2007.

En dichos preceptos se añaden de forma literal definiciones contenidas en la Directiva 2011/83/UE/ del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, en dicha normativa se efectúan otras definiciones cuya inclusión no se proponen en la reforma. Tras la lectura de las definiciones no incluidas consideramos necesario incluir expresamente la definición de servicio financiero y la de contrato complementario.

Por otro lado, hay que resaltar que dichas definiciones que, según la Directiva que se traspone son a efectos de la misma, se han incluido en un artículo que se encuentra en el Libro II Contratos y Garantías, Título I Contratos con los Consumidores y Usuarios, Capítulo I Disposiciones Generales. Es decir, no se incluyen en el nuevo Título III Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, del Libro II correspondiente a los contratos que por esta norma se modifican, de forma que se produce la exclusión de la protección de la compraventa de bienes inmuebles en todos los supuestos y no solo en los del citado Título III, ya que en la definición que se añade al Artículo 59bis de concepto de contrato de venta sólo considera bienes las cosas muebles tangibles.

En conclusión, debemos pensar que lo anterior ha podido ser un error de la transposición de la Directiva a la hora de decidir dónde incluir las definiciones contenidas en la misma, ya que según ésta la exclusión de los inmuebles es a efectos únicamente de los contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, y por tanto deben cambiar de ubicación. Más aun cuando la normativa europea en cuestión, es de mínimos y en ningún caso puede suponer un retroceso en la protección que la actual normativa nacional da en dichos supuestos.

Es notorio y no podemos estar de acuerdo con el hecho de que se excluya del concepto de bienes, en los contratos de compraventa, cuando se trata de venta a distancia o fuera de establecimiento mercantil, a los bienes inmuebles cuando es una práctica habitual en el mercado, y por consiguiente con la exclusión contenida en el apartado e) del art. 93 tras la reforma, puede producir indefensión a los consumidores que opten por esta modalidad de compra.

Séptima.- Artículo 59 quáter.

El **anteproyecto** pretende incluir la definición de "concepto de soporte duradero", creando un nuevo número artículo 59 quáter, cuyo tenor literal es el siguiente:

"A efectos de lo dispuesto en esta norma se considera soporte duradero todo instrumento que permita al consumidor o al empresario almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un periodo de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios".

El artículo 2,10 de la **Directiva** 2011/83/UE, regula el concepto de "soporte duradero" de la forma siguiente:

"10) "soporte duradero" : todo instrumento que permita al consumidor o al comerciante almacenar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita la reproducción de la información almacenada sin cambios;"

Comentario: Con la introducción de esta definición de "soporte duradero", en los mismos términos previstos en la Directiva, se introduce un concepto que, posteriormente, se utiliza tanto para la información precontractual como para el ejercicio del derecho de desistimiento.

Resulta importante destacar que de la poco clara regulación de la Directiva, ésta distingue entre los contratos de suministro de contenido digital que no se prestan en soporte material (como la descarga o acceso a bases de datos "on line"), de los contratos que no se presten a través de un "soporte material" o duradero (por ejemplo, CD, DVD, etc.), que se califican como contratos de venta de bienes.

El Considerando 23 de la Directiva incluye en el concepto de "soporte duradero" al papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, así como los correos electrónicos.

Como quiera que estamos ante conceptos que pueden superarse fácilmente, por la rápida evolución tecnológica, es importante que su definición mantenga la "neutralidad tecnológica", para poder incluir en el futuro otros medios que constituyan "soporte duradero".

Octava.- Artículo 60.

Se quiere modificar el artículo 60 del RDL 1/2007 que versa sobre la "información previa al contrato" y que establece lo siguiente:

"1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.

2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:

- a. Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.
- b. Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.
- c. Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.
- d. Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.
- e. Garantías ofrecidas.
- f. Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.
- g. Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.
- h. La dirección completa en la que el consumidor o usuario puede presentar sus quejas y reclamaciones, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4.

3. La información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita.”

En el **anteproyecto** se pretende modificar dicho precepto, artículo 60 del RDL, con la redacción siguiente:

“1.- Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara y comprensible, salvo que dicha información resulte evidente por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:

- a. Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.
- b. La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social y la dirección completa del empresario y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúa.
- c. El precio total incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto, en su caso a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos o pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.

d. Cuando proceda, los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

e. Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de servicio posventa y las garantías comerciales, cuando proceda ;

f. La duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución.

g. La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

h. La existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

i. Cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables. A efectos de esta norma se entiende por contenido digital los datos producidos y suministrados en formato digital.

j. Cuando proceda, toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que este pueda conocer.

k. El sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4.

3. El apartado 1 se aplicará también a 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- calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que nose preste en un soporte material.

4. La información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita, y al menos en castellano."

En la **Directiva** 2011/83/UE se establece en su artículo 5 los "requisitos de información de los contratos distintos de los contratos a distancia o los celebrados fuera del establecimiento" de la forma siguiente:

"1. Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato distinto de un contrato a distancia o uno celebrado fuera del establecimiento, u oferta correspondiente, el comerciante deberá facilitar de forma clara y comprensible al consumidor, salvo que dicha información resulte evidente por el contexto:

a) las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios;

b) la identidad del comerciante, por ejemplo su nombre comercial, la dirección geográfica en la que esté establecido y su número de teléfono;

c) el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o servicios, la forma en que se determina el precio así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales;

d) cuando proceda, los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, la fecha en que el comerciante se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio, así como el sistema de tratamiento de las reclamaciones del comerciante;

e) además del recordatorio de la existencia de una garantía jurídica de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de servicios posventa y las garantías comerciales, cuando proceda;

f) la duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución;

g) cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables;

h) cuando proceda, toda interoperatividad pertinente del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el comerciante o que quepa esperar razonablemente que este pueda conocer.

2. El apartado 1 se aplicará también a 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—, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material.

3. Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el apartado 1 a los contratos que conlleven transacciones cotidianas y que sean ejecutados inmediatamente en el momento de su celebración.

4. Los Estados miembros podrán adoptar o mantener requisitos adicionales de información precontractual para los contratos a los que se aplica el presente artículo.”

Comentario: Este artículo establece precontractual de informar que se endereza específicamente a la celebración de un contrato y cuyo régimen es distinto de las obligaciones genéricas de informar del RDL 1/2007(artículo 12) o de la publicidad.

Este deber pesa sobre el empresario o profesional sin que formule regla alguna sobre el concepto de “anticipación razonable” y resulta aplicable a cualquier modalidad o tipo contractual. Abarca las condiciones jurídicas y económicas principales del contrato e introduce la transparencia total del precio, con impuestos incluidos, es decir con todas las condiciones que permiten al consumidor decidir racionalmente.

Establece el contenido mínimo y el modo o cualidades de la información, para que ésta sea eficaz , fijando la regla de la gratuidad para el consumidor y que esté redactada, al

menos en castellano en base a que la Directiva deja claro en su Considerando 15 los Estados miembros podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, requisitos de carácter lingüístico respecto a la información de los contratos y las cláusulas contractuales y posteriormente en el artículo 6,7 de la Directiva faculta a los Estados miembros para mantener o introducir requisitos de carácter lingüístico en relación con la información precontractual.

Resulta importante la transparencia exigida del "precio total" que debe incluir todas las partidas o prestaciones accesorias que influyen al tiempo de contratar, por lo que es importante que se detallen o desglosen aquellos costes que necesariamente se aparejan a la prestación principal que faciliten la comparación de ofertas por el precio.

A través de este conjunto de deberes se protege también a la competencia en el mercado, puesto que su satisfacción permite al consumidor comparar entre las distintas ofertas. Por eso extraña, que dada la importancia dada a la información precontractual, el anteproyecto no contenga previsión alguna ante los supuestos de incumplimientos por parte del empresario.

Se debería incluir una norma ante el incumplimiento del deber contractual cuya trascendencia en el orden de los remedios civiles o sancionatorios queda sin aclarar en el anteproyecto.

Ante esta situación habría que tener en cuenta lo previsto en la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales. Podemos verificar que si el empresario emite declaraciones engañosas sobre algunos de los extremos contenidos en el artículo 6 de la Directiva (acciones engañosas), incurrirá en práctica comercial desleal, pero no habrá incumplido los requisitos de información precontractual de la Directiva 2011/83/UE salvo que la información que se haya suministrado sobre algunos extremos obligados, haga que aquélla no resulte clara ni comprensible. Mas si la información engañosa resulta clara y comprensible, la deslealtad comercial no comportará incumplimiento de la Directiva 2011/83/UE, como tampoco ocurrirá si el engaño versa sobre algún extremo no listado en los artículos 5 y 6 de la Directiva 2011.

La Directiva 2005/29/CE introdujo en el seno del proceso de calificación de deslealtad, dos criterios de relevancia material, a saber:

-el extremo de afectado por la conducta debería ser sustancial, y,

-la conducta tenía que ser susceptible de afectar a la decisión de compra del consumidor.

Ninguno de dichos criterios está recogido en la Directiva 2011/83/UE, pero tampoco van en contra y por coherencia de todo el derecho de protección de consumidores debería exigirse el cumplimiento de los mismos y el anteproyecto introducir el ejercicio de una acción declarativa y de condena de cesación y de abstención de dicha conducta, tanto individual como colectivas, que en caso de incumplimiento del deber precontractual de información, que considerase las omisiones de los requisitos "información precontractual" de este artículo 60, como un listado de supuestos de hecho de conductas sancionables por dolo "*in contrahendo*" de los artículos 1269 y 270 del Código Civil.

Se considera oportuna la introducción de una acción de este tipo que incluya la nulidad o la "*actio quanti minoris*"(es decir, de rebaja del precio total en un porcentaje como penalización) en base a la obligación del artículo 24 de la Directiva de establecer un

régimen de sanciones, efectivas, proporcionadas y disuasorias, para erradicar este tipo de conductas.

NOVENA.- Artículo 60bis

Se pretende adicionar en el anteproyecto un nuevo artículo 60 bis que regle los denominados "pagos adicionales" de la forma siguiente:

"1.- Antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato u oferta, el empresario deberá obtener el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal, Si el empresario no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor tendrá derecho al reembolso de dicho pago.
2.- Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere".

Se pretende instar también a la modificación del apartado 2.c) del nuevo artículo 60 bis sugiriendo la inclusión en este apartado de "la información del coste de los distintos medios de pago que pueda utilizar el consumidor". De esta manera podrá conocer realmente desde el primer momento el coste total que le supondrá el contratar:

2. e) Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de servicios posventa y las garantías comerciales, cuando proceda:

En cuanto a la información que debe facilitarse según este artículo, creemos que es poco exigente, por lo que proponemos una ampliación del referido apartado.

En cuanto a la garantía legal, además de un recordatorio de la existencia de la misma, deberá facilitarse la información básica del contenido de ésta: duración y derechos. De igual manera, en cuanto al servicio posventa, el empresario tendrá que facilitar información basada en el artículo 127 de esta norma.

En relación a la garantía comercial, en muchas ocasiones se promociona ésta como una oferta distintiva del empresario cuando realmente no mejora la cobertura de ésta (por ejemplo, se ofrecen 3 años de garantía pero ésta comienza desde la venta del producto, por lo que realmente sólo se dispone de un año adicional). En este sentido proponemos que, en los casos en que vendedor o productor ofrezca una garantía comercial, deberá informar claramente al consumidor sobre las prestaciones adicionales de la garantía comercial frente a la legal, sin perjuicio de la información adicional que exigen los artículos 125 y 126 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

En la **Directiva** 2011/83/UE, en su artículo 22 regula los "pagos adicionales", de la forma siguiente:

"Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato u oferta, el comerciante deberá buscar el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del comerciante. Si el comerciante no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor tendrá derecho al reembolso de dicho pago."

Comentario: El nuevo precepto regula el régimen que sobre los efectos que la falta de consentimiento expreso ha de tener sobre la obligación de pagar costes adicionales al precio acordado para la obligación contractual principal del comerciante. El precio total es una obligación precontractual exigida en la información previa al control, por lo que cualquier "pago adicional" debe contar con el consentimiento expreso del consumidor.

Se podría incluir en este apartado de "la información del coste de los distintos medios de pago que pueda utilizar el consumidor". De esta manera podrá conocer realmente desde el primer momento el coste total que le supondrá el contratar.

Aunque contempla el "derecho de reembolso" para el pago adicional, debería contemplar una medida sancionadora civil, como podrían ser los daños punitivos que facultase al consumidor a solicitar el doble del pago adicional realizado de forma improcedente por el empresario, para evitar la proliferación de este tipo de conductas.

Décima.- Artículo 60 ter

En el **anteproyecto** se pretende adicionar un nuevo artículo 60 ter que regule los "cargos por la utilización de medios de pago" con la siguiente regulación:

"1.- Los empresarios no podrán facturar a los consumidores, por el uso de determinados medios de pago, cargos que superen el coste asumido por el empresario por el uso de tales medios.

2.- Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere".

La **Directiva 2011/83/UE**, en su artículo 19 regula las "tasas por la utilización de los medios de pago" de la forma siguiente:

"Los Estados miembros prohibirán a los comerciantes cargar a los consumidores, por el uso de determinados medios de pago, tasas que superen el coste asumido por el comerciante por el uso de tales medios."

Comentario: La prohibición del apartado 2º no es nueva en el ordenamiento jurídico interno, resulta coherente con la normativa sobre servicios de pagos (Directiva 2007/64/CE, Ley 29/2009, RD 712/2010 y Ordenes EHA/1608/2010 y EHA/2899/2011 que, ya permiten cargar al consumidor costes asociados a los medios de pago, siempre que se informe sobre ello y el coste no exceda del importe en el que incurre el comerciante por aceptar tal medio de pago.

Como se ha indicado, la Directiva 2007/64/CE sobre Servicio de Pago en el Mercado Interior permite que cada Estado pueda limitar o prohibir el cobro de gastos con el fin de fomentar la competencia y promover el uso de instrumentos de pago eficientes. Esta Ley ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 16/2009, de Servicios de Pago que transpone la Directiva, pero que no ha prohibido la imposición de cargos o suplementos sobre el cliente ordenante del pago, permite a la empresa incentivar o gravar la utilización de algún medio de pago pero "en todo caso, las cuotas adicionales que pudieran imponerse por el uso de instrumentos de pago específicos no podrán superar los gastos diferenciales en que efectivamente incurra el beneficiario por la aceptación de tales instrumentos"(artículo 24,3). La Ley remite a su desarrollo reglamentario la posible imposición de límites al derecho de cobro de gastos teniendo



en cuenta la necesidad de fomentar la competencia y promover el uso de pagos eficientes.

Por su parte, el RD 712/2010, de régimen jurídico de los servicios de pago y de las entidades de pago, no ha prohibido ni limitado el posible cargo de gastos por los beneficiarios cuando se utilice un determinado medio de pago. Por último, la Orden EHA/1608/2010, de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago se limita a imponer obligaciones en materia de transparencia cuando el beneficiario del pago traslade al ordenante los gastos asociados al mismo.

Respecto al apartado 2º, en base a los principios de "disponibilidad y facilidad probatoria", que regulan la carga de la prueba, es lógico que la carga corresponda al empresario, pues es el único que dispone de todos los medios para conocer los costes.

Aunque, según los artículos 86,7º y 87,6 del RDL 1/207, si la cantidad exigida por este concepto es desproporcionada estaríamos ante una práctica abusiva, se debería reforzar la protección del consumidor ante el posible incumplimiento e imponer la obligación expresa de transparencia e información de tales pagos adicionales.

DÉCIMO PRIMERA.- Artículo 66 bis

Se pretende adiciona un nuevo artículo 66 bis que regule la "entrega de los bienes adquiridos" y que tiene el tenor literal siguiente:

"1.- Salvo que las partes acuerden otra cosa sobre el plazo de entrega el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor, sin ninguna demora y en un plazo máximo de treinta días naturales a partir de la celebración del contrato.

2.- Si el empresario no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.

El primer párrafo no será aplicable a los contratos de venta cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor informe al empresario, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el empresario no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato.

3.- Cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá reembolsar sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días naturales desde la resolución, todas las cantidades abonadas en virtud del mismo. En el supuesto de que el empresario no realice este abono en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad".

Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo".

En la Directiva 2011/83/UE, se aborda en su artículo 18 la "entrega" de los bienes, con la redacción siguiente: "1. Salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato.

2. Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.

El primer párrafo no será aplicable a los contratos de venta cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor informe al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato.

3. Cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud del mismo.

4. Además de resolver el contrato con arreglo al apartado 2, el consumidor podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional."

Lamentablemente, este precepto recoge uno de los aspectos más criticables de la Directiva 2011/83/UE el de la entrega de los bienes y el establecimiento de un "plazo adicional" para su entrega que, entendemos viene, con respecto a la regulación actual, a disminuir el nivel de protección de los consumidores, aunque la Directiva pretenda armonizar las normas nacionales referidas a la entrega.

Para mayor claridad en la regulación, debería tenerse en cuenta que conforme al artículo 17 de la Directiva las reglas relativas a la entrega y a la transmisión del riesgo no se aplicarán a 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, de calefacción mediante sistemas urbanos o el suministro de contenido digital que no se proporcione en un soporte material.

La Directiva recogía las soluciones adoptadas en la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, recopiladas como reglas y principios por el Instituto Internacional sobre la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Dichas reglas sobre mercancías se trasladan, por influencia de la doctrina alemana al derecho de los contratos: la conversión de un mero retraso no esencial en la obligación de entrega en incumplimiento esencial a través de un plazo extrajudicial concedido por el acreedor. Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o el de 30 días, el consumidor le emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.

Aunque se esté en contra de dicha prescripción legal, se comprende que la misma viene impuesta por la primacía del Derecho de la Unión y poco puede hacer el legislador español, más que matizarla y modularla, con la imposición de sanciones civiles disuasorias ante este tipo de incumplimientos que, pueden generar, en especial en las ventas a distancia, una total desconfianza del consumidor.

En el apartado 3 ° de la norma propuesta por el anteproyecto viene a confundir la indemnización de daños y perjuicios efectivamente causados con los daños punitivos (el "doble de la suma adeudada") que es una sanción de carácter civil, que el empresario debe abonar al consumidor por el incumplimiento contractual.

En principio, los daños punitivos tienen origen preventivo y también retributivo por el incumplimiento contractual, mientras que la indemnización de daños y perjuicios tiene carácter de resarcimiento para la plena compensación de los daños sufridos ante el incumplimiento contractual. No tiene sentido el carácter acumulativo del resarcimiento impuesto por el apartado 3º, o sea la "posibilidad de reclamar el doble de la suma ya adeudada por el consumidor, y reclamar los daños y perjuicios que excedan de dicha cantidad, cuando deberían ser perfectamente independientes, es decir, ante el incumplimiento contractual del empresario, éste debería abonar, "automáticamente" el doble de lo adeudado por el consumidor más todos los daños y perjuicios causados.

Para la protección de los consumidores, la extensión de los daños punitivos como fórmula preventiva y sancionadora de carácter civil, puede resultar un instrumento protector interesante, hasta que se puedan utilizar instrumentos de derecho del mercado para el comiso del "beneficio ilícito", o sea, de los beneficios obtenidos mediante la contravención de las normas legales, y su destino a la reparación de los daños individuales, o en su caso, colectivos de los consumidores mediante la atribución del correspondiente Fondo, como sucede en otros Estados de la Unión, o fuera de ella , como por ejemplo, en Canadá .

Además, debería reflexionarse el motivo de la introducción del "doble de lo adeudado" en el anteproyecto y no, por ejemplo, el "triple" o el "cuádruple", cuando estamos hablando de ventas a distancias, en las que las cantidades posiblemente no sean importantes y existen muchos daños "bagatelas" (de poca cuantía) en las que el consumidor no inicia una reclamación porque el coste y el tiempo dedicado a las mismas no compensa el valor del bien.

Por último, debería quedar claro que la resolución del contrato se habrá producido por la comunicación extrajudicial realizada por el consumidor, dándolo por resuelto o fijando el día en que ello ocurrirá.

DECIMO SEGUNDA.- Artículo 66 ter

Se pretende en el **anteproyecto**, adicionar un nuevo artículo 66 ter, para regular la "transmisión del riesgo" y que tendría el tenor literal siguiente:

"En los contratos de venta en que el empresario envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista de los bienes, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista".

En la **Directiva 2011/83/UE** se establece en su artículo 20 la “transmisión del riesgo”, con la redacción siguiente:

“En los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes. No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista, en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista.”

Comentario: Este nuevo precepto viene a introducir el artículo 20 de la Directiva en el ordenamiento jurídico español en base al cual en los contratos en que el comerciante haya de enviar los bienes al consumidor, la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera en su nombre la posesión material o el control de los bienes.

Debe quedar claro que el consumidor está protegido de todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes que se produzca antes de que haya adquirido la posesión material o el control de los mismos.

Merece especial mención el hecho de que se fije un plazo dentro del cual, salvo que las partes pacten otra cosa, el empresario tiene que llevar a cabo su prestación y el consumidor su obligación de pago, las excepciones y las consecuencias de incumplimiento.

Es habitual encontrar contratos en los que la fecha de entrega no se especifica con los consiguientes problemas que, para instar la resolución de dicho contrato, se encuentra el consumidor, independientemente de la existencia de mecanismos en nuestro derecho para conseguirlo, es muy importante bajo nuestro punto de vista la reforma propuesta.

Sin embargo respecto a las consecuencias del incumplimiento en cuanto al plazo de entrega, y teniendo en cuenta que el objetivo de la norma es dispensar un nivel de protección más elevado al consumidor y que el consumidor se encuentra en una situación de inferioridad frente al empresario, no debe condicionarse la posibilidad de resolver el contrato ante el incumplimiento del plazo por parte del empresario, a un requerimiento previo concediendo un plazo adicional para la entrega, sino que al igual que se establece en el art 1.124 de nuestro Código Civil, que el consumidor elija entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato.

DECIMO TERCERA.- Artículo 66 quáter.

El **anteproyecto**, pretende introducir un nuevo artículo el 66 quáter, que trataría sobre la “*prohibición de suministros no solicitados*”, con la redacción siguiente:

“1.- Queda prohibido suministrar al consumidor y usuario bienes, agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o servicios no solicitados por él cuando dichos suministros incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza.

En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el consumidor y usuario receptor no estará obligado a su devolución o custodia, ni podrá

reclamársele pago alguno. En dicho caso, la falta de respuesta del consumidor a dicho suministro o prestación no solicitado no se considerará consentimiento.

2.- Si el consumidor decide devolver dichos suministros no responderá por los daños o deméritos sufridos, y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado.”

En la **Directiva** 2011/83/UE, se regula en su artículo 27 los “suministros no solicitados” con la redacción siguiente:

“Se eximirá al consumidor de toda obligación de entregar contraprestación alguna en caso de suministro no solicitado de bienes, agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitada, prohibido por el artículo 5, apartado 5, y el anexo I, punto 29, de la Directiva 2005/29/CE. En dicho caso, la falta de respuesta del consumidor a dicho suministro o prestación no solicitada no se considerará consentimiento.”**Comentario:** Responden a la interdicción de cobros por servicios que no respondan a una prestación no solicitadas, cuya práctica está expresamente prohibida por la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones que no contiene remedio específicamente contractual para el caso de contravención, como se hace constar en el Considerando nº 60 cuando señala que: “...es necesario introducir en la presente Directiva una vía de recurso contractual que permita dispensar al consumidor de la obligación de efectuar pago alguno por dicho suministro o prestación no solicitados”.

En principio, se trata de una cláusula abusiva contemplada en el artículo 89-4º del RDL 1/2007 que consideran como tal la “imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados”, por lo que en primer lugar debería ampliarse la calificación de práctica abusiva no a los “bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados”, sino a todos los suministros al consumidor y usuario de bienes, agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o servicios no solicitados por él cuando dichos suministros incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza.

Sin perjuicio de ser considerado como una cláusula abusiva y de la propia “deslealtad del acto” conforme a la Ley de Competencia Desleal, se propone en el anteproyecto que el consumidor pueda oponer una excepción de dispensa de la obligación de pago o custodia del suministro o servicio no solicitado, recogiendo fielmente, la vía de la Directiva. Además, se le considera que, en todo caso, la prestación del consentimiento debe ser expresa, por lo que debería tenerse en todo caso por inexistente por nulo, el contrato de suministro o prestación de servicios.

El anteproyecto, concreta, como aportación propia, adicionar la posibilidad de poder solicitar todos los daños y perjuicios realmente ocasionados al consumidor, si decide devolver dichos suministros. Deberá quedar claro, que la penalización ante este tipo de conductas empresariales es la pérdida del valor del suministro no solicitado porque con la redacción actual, se puede entender que cuando el consumidor decide no devolver los “suministros” deberá abonarlos. Aunque parece ser que se trata de un error terminológico, porque resulta difícil en la práctica devolver suministros ya realizados o consumidos, sino solamente los bienes pueden ser susceptibles de devolución. Sea cual sea la solución a adoptar (suministros o bienes) deberá clarificarse que en ningún caso debe abonar el consumidor cantidad alguna por este tipo de suministros no solicitados.

Por ello, y quizás lo más importante, es necesaria, una actuación contundente por parte de la Administración frente a casos como los anteriormente citados. No parece de sentido común que en un Estado de Derecho, los poderes públicos, encargados de la defensa y el bienestar de sus ciudadanos, hagan caso omiso a las prácticas abusivas e ilegales que llevan a cabo algunas entidades y que ello no suponga ningún tipo de sanción.

Tampoco es asumible desde el punto de vista de la protección del consumidor que las resoluciones de muchos de los organismos extrajudiciales de resolución de conflictos antes aludidos organismos sean ignoradas por las entidades obligando con ello al consumidor a tener que acudir a los tribunales de justicia en defensa de sus derechos sin que, nuevamente, la Administración lleve a cabo alguna actuación en orden al cumplimiento de las citadas resoluciones.

DECIMO QUINTA.- Artículo 67.

Se pretende **modificar** el artículo 67 del **RDL 1/2007** que regula los denominados "puntos de conexión" que actualmente tiene la redacción siguiente:

13)

"1. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

2. Las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías, contenidas respectivamente en los artículos 92 a 106, ambos inclusive, y en los artículos 114 a 126 ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea."

Según el **anteproyecto**, la redacción el artículo 67 relativo a los "puntos de conexión" quedaría redactado de la forma siguiente:

"La ley aplicable a los contratos con consumidores se regulará por lo previsto en el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como por las demás disposiciones del Derecho comunitario que les sean de aplicación. Residualmente serán de aplicación las normas materiales europeas".



La **Directiva** 2011/83/UE no contiene ningún artículo que regule dicha cuestión que, solamente se trata en los Considerando nº 10 y nº 58.

Se modifica completamente el artículo 67, sin embargo proponemos una modificación para adaptarlo a las normas establecidas en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios con relación a las cláusulas abusivas y las normas de protección en materia de garantías, puesto que la Directiva 2011/83/UE no trata el tema de las normas de protección frente a las cláusulas abusivas ni las normas de garantía. De tal forma que no se entiende el hecho de que se haya modificado tal precepto.

De tal forma que se propone que el artículo 67 que quede redactado del siguiente modo:

“Artículo 67. Puntos de conexión.

1. La ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores se regulará por lo previsto en el Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales así como por las demás disposiciones del Derecho comunitario que les sean de aplicación. Residualmente serán de aplicación las normas materiales españolas.

2. Las normas de protección frente a las cláusulas abusivas contenidas en los artículos 82 a 91, ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.

3. Las normas de protección en materia de garantías contenidas en los artículos 114 a 126 ambos inclusive, serán aplicables a los consumidores y usuarios, cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo.

Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el bien haya de utilizarse, ejercitarse el derecho o realizarse la prestación en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, o el contrato se hubiera celebrado total o parcialmente en cualquiera de ellos, o una de las partes sea ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o presente el negocio jurídico cualquier otra conexión análoga o vínculo estrecho con el territorio de la Unión Europea.”

“10) La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio del Reglamento (CE) no 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) “.

“(58) El consumidor no debe ser desposeído de la protección que le otorga la presente Directiva. Si la ley aplicable al contrato es la de un tercer país, debe aplicarse el Reglamento (CE) no 593/2008, para determinar si el consumidor conserva la protección que ofrece la presente Directiva.”

Comentario: Extraña esta modificación propuesta pues no viene obligada por el texto de la Directiva y entendemos rebaja el actual nivel de protección que es el contemplado en el derecho armonizado de las directivas de consumo. El anteproyecto, en base a dos considerandos de las propuestas, altera el derecho aplicable hasta el momento, proponiendo la aplicación preferente del Reglamento 593/2008, en vez del derecho armonizado de la directiva como ley aplicable.

Vamos a intentar exponer, sucintamente, el complejo problema:

Básicamente, existen tres fuentes que entran a regular la ley aplicable a los contratos internacionales de consumo:

- las Directivas comunitarias protectoras de los consumidores,
- las normas estatales de transposición de las normas especiales de Derecho internacional privado contenidas en las Directivas, al no ser éstas últimas de aplicación directa y,
- las normas de conflicto recogidas en el Reglamento nº 593/2008 (llamado también “Reglamento Roma I”) sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Frente a las Directivas comunitarias en materias de consumidores que determinan el ámbito de aplicación en el espacio del Derecho Privado Comunitario en aras de los intereses de los consumidores se encuentran las normas de conflictos recogidas en el Reglamento 593/2008, prevaleciendo las primeras en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento. Además estas Directivas constituyen un conjunto de normas de Derecho Internacional Privados para los supuestos “intracomunitarios”.

El actual artículo 67 del RDL 1/2007 transpone y desarrolla lo dispuesto en el artículo 6,2 de la Directiva 93/13/CEE (“Cláusulas abusivas”), en el artículo 12 de la Directiva 97/7/CE (“contratos a distancia”), y en el artículo 7,2 de la Directiva 99/44/CE (“Ventas y garantías de los bienes”), en el texto antes reproducido, que es de carácter tuitivo hacia el consumidor en base al concepto de “vínculo estrecho” para la aplicación del derecho español. Estas Directivas incorporan la obligación de los Estados de asegurar que el consumidor no pierda la protección que ofrecen las Directivas debido a la elección de una Ley de un tercer Estado en los casos en los que el contrato presenta “vínculos estrechos” con el territorio de los Estados miembros.

El artículo 6 del Reglamento 593/2008 es una norma que establece la Ley aplicable a los contratos de consumidores, buscando la protección del consumidor en la Ley de residencia habitual del consumidor, salvo que las partes hayan elegido otra estatal que disponga de mayor protección del consumidor. Hay que destacar que el problema es que este Reglamento utiliza “conceptos propios” del Derecho Internacional Privado, en el sentido que los ha interpretado el TJUE, con lo que las diferencias y colectivos que no entrarían en su ámbito de protección serían los siguientes:

-El Reglamento, cuando se refiere a consumidor, se trata siempre de una “persona física”, por lo que no cabe invocar el régimen jurídico previsto para los consumidores a favor de las personas jurídicas. Existiría pues, una contradicción en el concepto de

consumidor del artículo 3 del RDL 1/2007 que incluye a las personas jurídicas y la ley aplicable que excluiría a las personas jurídica de la protección dispensada.

- Los consumidores "activos" (consumidor que se desplaza a otro Estado comunitario para adquirir bienes o servicios) no están cubiertos, ya que sólo protege al consumidor "pasivo" (aquel que permanecido en el país de su domicilio. ha sido perturbado por parte de un profesional domiciliado en otro Estado miembro).

Además, aunque el artículo 6 del Reglamento 593/2008 parte del principio de que todo contrato internacional entre una empresa o profesional y un consumidor están incluidos en su ámbito de aplicación, en realidad el artículo 6-4 excluye estos contratos:

a) Contratos de prestación de servicios, cuando los servicios deben prestarse al consumidor, exclusivamente, en un país distinto de aquél en que el consumidor tenga su residencia habitual.

b) Contratos de transporte que no sean viajes combinados.

c) Contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o contratos de arrendamiento de un inmueble distinto de los contratos de la Directiva 2008/122/CE, de 29 de junio de aprovechamiento turno de bienes de uso turístico.

d) Contratos sobre derechos y obligaciones que constituyan un instrumento financiero y derechos y obligaciones que constituyan los términos y condiciones que regulan la emisión, la oferta de venta al público o las ofertas públicas de adquisición de valores negociables, y la suscripción y el reembolso de participaciones en organismos de inversión colectiva sobre adquisición de valores negociables mediante oferta pública de adquisición y contratos relativos a participaciones en organismos de inversión colectiva, en la medida en que no integren l prestación de un servicio financiero.

e) Contratos celebrados en sistemas multilaterales de compra y venta sobre instrumentos financieros.

No se entiende el cambio de criterio legislativo de dejar sin efecto la extensión prevista en el artículo 67 del RDL con el concepto de "vínculo estrecho" que, además sería de aplicación a la Directiva 2002/657CE ("Comercialización a distancia de servicios financieros" a través de los apartados 3 y 4 del artículo 3 de la Ley 22/2007, de 11 de julio), a la Directiva 2008/122/CE ("Directiva de multipropiedad" que en su artículo 19 establece el carácter imperativo y los casos internacionales), así como la Directiva 2008/48/CE (Directiva 2ª de crédito al consumo") que en su artículo 22-4º sigue el criterio del "vínculo estrecho", que es una noción más flexible que los criterios de vinculación recogidos en el Reglamento 593/2008. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 9 de septiembre de 2004 (asunto C-70/03, Comisión/España), consideró que el ámbito de aplicación material de la protección al consumidor que otorga la Directiva 93/13/CEE ("cláusulas abusivas") abarca a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, mientras que el artículo 5 del Convenio de Roma (que era el antecedente del Reglamento 539/2008 en el año 2004), sólo se aplica a determinados contratos.

Debería pues, dejarse el criterio del "vínculo estrecho" para las relaciones de consumo intracomunitarias y la aplicación del Reglamento 593/2008 para los casos de ley aplicable de un tercer país, aceptando la reintroducción del criterio del "vínculo estrecho" en los contratos celebrados por los consumidores, protegiendo a todos los consumidores (bien sean personas físicas o jurídicas, bien sean consumidores "activos"

o "pasivos"), en base al principio de prevalencia del ámbito de aplicación y los objetivos perseguidos por las Directivas de protección de los consumidores, y la especialidad de este derecho material comunitario armonizado, tal y como establece el artículo 23 del Reglamento 593/2008 en el sentido de que las normas reguladoras de a ley aplicable a los contratos internacionales establecidas en dicho Reglamento se verán desplazadas por las disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales.

En todo caso, de no aceptar la reintroducción del criterio del "vínculo estrecho" en los contratos celebrados por los consumidores, debería exponerse claramente por el legislador el cambio de criterio y los motivos que le han inducido a ello.

DECIMO SEXTA.- Artículo 76.

En el **anteproyecto** se introduce un nuevo artículo 76, que regulará los "efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios", con la redacción siguiente:

"1.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 26/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, el ejercicio, por parte del consumidor, de su derecho de desistimiento conforme a las disposiciones de esta ley, tendrá por efecto la ineficacia automática y sin coste alguno para el consumidor de todo el contrato complementario, excepto los contemplados en el artículo 106,2 y en el artículo 107. A tal efecto, se entiende por contrato complementario aquel por el cual el consumidor adquiere bienes o servicios relacionados con el contrato principal y dichos bienes o servicios son proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario.

2.- Ejercido el derecho de desistimiento sobre el contrato principal, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas en virtud del contrato complementario, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que el consumidor haya informado al empresario de su decisión de desistir del contrato principal.

En el supuesto de que el empresario no reintegre todas las cantidades abonadas en virtud del contrato complementario en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento del plazo".

El consumidor y usuario tendrán derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles que hubiera realizado en el bien".

3.- En caso de que al consumidor y usuario le sea imposible devolver la prestación objeto del contrato complementario por pérdida, destrucción u otra causa que le sea imputable, responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio de derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso, responderá de éste.

4.- Cuando el empresario hubiera incumplido el deber de información y documentación sobre el derecho de desistimiento del contrato principal, la imposibilidad de devolución sólo será imputable al consumidor y usuario cuando éste hubiera omitido la diligencia que le es exigible en sus propios asuntos.

5.- Lo dispuesto en los apartados anteriores será también aplicable a los contratos celebrados a distancia y a los contratos celebrados fuera del establecimiento, regulados en e Título III del Libro II de esta Ley."

La Directiva 2011/83/UE tiene una definición de "contratos complementarios, en el artículo 2-15º de la Directiva 2011/83/UE se define como:

15) "contrato complementario" : un contrato por el cual el consumidor adquiere bienes o servicios relacionados con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y dichos bienes o servicios son proporcionados por el comerciante o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el comerciante.

El artículo 15 de la Directiva 2011/83/UE regula los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios, de la forma siguiente:

"1.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, el ejercicio, por parte del consumidor, de su derecho de desistimiento en relación con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento conforme a los artículos 9 a 14 de la presente Directiva, tendrá por efecto la resolución automática y sin gastos para el consumidor, excepto los contemplados en el artículo 13, apartado 2 y en el artículo 14 de la presente Directiva, de todo contrato complementario.

2.- Los Estados miembros establecerán normas detalladas sobre la resolución de tales contratos".

Comentario: Según la Directiva 2008/48/CE (crédito al consumo II, transpuesta por la Ley 16/2011) el desistimiento ejercido por el consumidor implica dejar de estar obligado por un contrato de crédito vinculado, y en esta Directiva, el ejercicio de un desistimiento en relación con un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento impone la "resolución automática" y sin gastos para el consumidor, excepto en lo referente a los costes adicionales de una modalidad de entrega más costosa que la ofrecida por el comerciante y los gastos de devolución de la cosa al comerciante en caso de desistimiento.

El actual RDL 1/2007 nada establecía sobre el efecto del ejercicio del derecho de desistimiento sobre los contratos "complementarios" distintos de los de financiación del bien o servicio adquirido, ya que se limita a establecer que en los casos en que el precio a abonar por el consumidor o usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo una resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor o usuario. Sin embargo, la Directiva va más allá pues pretende que el desistimiento del contrato principal implique la resolución automática de todo contrato complementario, y no solamente del de crédito vinculado, por cualquier supuesto de "conexión funcional".

Lamentablemente, se introduce en este precepto la modificación del actual artículo 74 del RDL 1/2007 en virtud del cual una vez ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1303 y 1308 del Código Civil y el consumidor no tenía que reembolsar cantidad alguna por la disminución del valor del bien. Sin embargo, en virtud

del nuevo régimen el consumidor deberá responder por la disminución del valor del bien si quiere devolverlo, aunque sea por el uso normal de lo que compre, si dicho uso es distinto del necesario para establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento de los bienes.

En cuanto a la forma en la que deberán ser devueltas las contraprestaciones e imponer las sanciones para el caso de incumplimiento del deber de devolución de la contraprestación por parte del comerciante complementario, que contiene el anteproyecto resultan razonables (obligación de reembolso del doble de la suma adeudada, y daños y perjuicios), sin perjuicio de las críticas vertidas anteriormente sobre el carácter compatible y diferente de los daños punitivos y la indemnización por daños perjuicios.

Respecto a la disminución de derechos para los consumidores, tienen su origen en la Directiva y en virtud de la primacía del Derecho de la Unión, como es armonización plena, no puede modificarse, pero podría haberse paliado en parte con una regulación más tuitiva referente a los efectos sobre la falta del deber de información sobre el derecho de desistimiento, en especial, en lo que concierne al derecho de devolución del bien.

DECIMO SÉPTIMA.- Artículo 77.

Se modifica el actual artículo 77 del RDL 1/2007 que regula el "desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuarios" y que dispone lo siguiente:

"Cuando en el contrato para el que se ejercite el derecho de desistimiento el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante o por parte de un tercero, previo acuerdo de éste con el empresario contratante, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario."

En el anteproyecto se pretende su modificación con el tenor literal siguiente:

"Cuando se ejercite el derecho de desistimiento en los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor, incluidos los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario, y el precio a abonar por el consumidor y usuario haya sido total o parcialmente financiado mediante un crédito concedido por el empresario contratante, o por parte de un tercero, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará al tiempo la resolución del crédito sin penalización alguna para el consumidor y usuario"

En la Directiva 2011/83/UE no existe precepto alguno que sea correlativo al tema del "desistimiento de los contratos vinculados a financiación", salvo en la Directiva de Crédito al Consumo.

Comentario: Se pretende con esta regulación abordar la regulación específica de los contratos vinculados a financiación, frente a la regulación genérica de los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios.

Se han dado casos en los que, resuelto la relación principal, no se comunica, en su caso, a la entidad titular del contrato complementario, la resolución del contrato principal, por lo que ésta sigue reclamando sus obligaciones al consumidor. En este

sentido sugerimos que se incluya que: *El empresario titular del contrato principal comunicará a la entidad con la que se suscribió el contrato complementario la resolución del principal e instándole a resolver el contrato complementario.*

DECIMO OCTAVA.- Artículos 92 a 113

En el Libro II se modifica el Título III y se suprime el contenido del IV, pasando el Título V a enumerarse como IV. Con ello pasan a tener una nueva redacción los artículos 92 a 113 del RDL 1/2007:

18.1.- Artículo 92.

El **anteproyecto** regula y define, en su artículo 92 los contratos a distancia y los contratos fuera de establecimientos comerciales de la forma siguiente:

Artículo 92. Ámbito de aplicación.

1. Se registrarán 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 en el que se han utilizado exclusivamente uno o más medios 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: la venta por correo, Internet, teléfono o fax.

Para dar coherencia al artículo 92 con relación al concepto de técnicas de comunicación, consideramos que el párrafo 1 de este artículo debería quedar redactado así:

"1. Se registrarán 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 en el que se han 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 la venta o la contratación de servicios por correo postal, correo electrónico, Internet, teléfono o fax."

La transposición que se hace de los requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento que se concretan en el artículo 99 casi es completa. Se hubiera podido transponer el apartado 4 del artículo 7 de la Directiva 2011/83/UE, por lo que solicitamos se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico también dicho apartado al constituir otro de los requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento.

En la **Directiva** 2011/83/UE, se define los contratos a distancia en el artículo 2.7º de la forma siguiente:

7) "contrato a distancia": todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema organizado de venta o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, y en el que se han utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato y en la propia celebración del mismo".

Comentario:

Adapta a la Directiva el contenido del artículo 92 del RDL 1/2007 que definía las "ventas a distancia".

El apartado 2º del artículo 92, del **anteproyecto** regula los requisitos de los contratos celebrados fuera de establecimiento, así como el propio concepto de establecimiento, de la forma siguiente:

"2. Las disposiciones de este título serán también de aplicación a los siguientes contratos celebrados con consumidores y usuarios fuera del establecimiento mercantil:

a) Contratos celebrados con la presencia física simultánea del empresario y del consumidor, en un lugar distinto al establecimiento mercantil del empresario

b) Contratos en los que el consumidor ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a);

c) Contratos celebrados en el establecimiento mercantil del empresario o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del empresario, con la presencia física simultánea del empresario y el consumidor

d) Contratos celebrados durante una excursión organizada por el empresario con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor. A efectos de este título se entiende por establecimiento mercantil toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma permanente; o toda instalación móvil de venta al por menor en la que el empresario ejerce su actividad de forma habitual.

En la Directiva 2011/83/UE, se regula en el artículo 2-8 y 2-9 dichos contratos, de la forma siguiente:

8) "contrato celebrado fuera del establecimiento":

Todo contrato entre un comerciante y un consumidor:

a) celebrado con la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, en un lugar distinto del establecimiento mercantil del comerciante;

b) en el que el consumidor ha realizado una oferta en las mismas circunstancias que las que se contemplan en la letra a);

c) celebrado en el establecimiento mercantil del comerciante o mediante el uso de cualquier medio de comunicación a distancia inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del comerciante, con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor, o

d) celebrado durante una excursión organizada por el comerciante con el fin de promocionar y vender productos o servicios al consumidor;

9) "establecimiento mercantil":

- a) toda instalación inmueble de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma permanente, o
- b) toda instalación móvil de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma habitual;

Por su parte, en el Considerando nº 21 y 22 de la Directiva, se exponen más pormenorizadamente la noción de contrato "fuera de establecimiento comercial" y de "establecimiento comercial", de la forma siguiente:

"(21) La noción de contrato celebrado fuera del establecimiento debe definirse como un contrato celebrado con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor, en un lugar distinto del establecimiento mercantil del comerciante, por ejemplo en el domicilio del consumidor o en su lugar de trabajo. Fuera del establecimiento, el consumidor podría estar bajo posible presión psicológica o verse enfrentado a un elemento de sorpresa, independientemente de que haya solicitado o no la visita del comerciante. La definición de contrato celebrado fuera del establecimiento debe incluir también aquellas situaciones en que se establece contacto personal e individual con el consumidor fuera del establecimiento, aunque luego el contrato se celebre inmediatamente después en el establecimiento mercantil del comerciante o a través de un medio de comunicación a distancia. La definición de contrato celebrado fuera del establecimiento no debe cubrir las situaciones en las que los comerciantes acudan al domicilio del consumidor con el propósito estricto de tomar medidas o presentar un presupuesto sin compromiso por parte del consumidor y el contrato se celebre en un momento posterior en el establecimiento mercantil del comerciante o a través de un medio de comunicación a distancia sobre la base del presupuesto presentado por el comerciante. En tales casos, el contrato no debe considerarse celebrado inmediatamente después de que el comerciante se haya dirigido al consumidor si este último ha tenido tiempo de reflexionar sobre el presupuesto del comerciante antes de celebrar el contrato. Las compras realizadas en el curso de una excursión organizada por el comerciante durante la cual éste promociona y vende los productos que se adquieren deben considerarse contratos celebrados fuera del establecimiento.

(22) Por establecimiento mercantil debe entenderse todo tipo de instalaciones (como tiendas, puestos o camiones) que sirvan al comerciante como local de negocios permanente o habitual. Si cumplen esta condición, los puestos de mercados y los stands de ferias deben ser tratados como establecimientos mercantiles. La instalación de venta al por menor en la que el comerciante ejerce su actividad de forma estacional, por ejemplo, durante la temporada turística en una estación de esquí o en una zona de playa, debe considerarse como un establecimiento mercantil, puesto que el comerciante ejerce allí su actividad de forma habitual. Los espacios accesibles al público, como calles, centros comerciales, playas, instalaciones deportivas y transportes públicos, que el comerciante utilice de forma excepcional para su actividad empresarial así como los domicilios privados o lugares de trabajo no deben considerarse establecimientos mercantiles. El establecimiento mercantil de una persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante como se define en la presente Directiva debe considerarse establecimiento mercantil a efectos de la presente Directiva."

Comentario: Viene a adaptar el concepto de contrato celebrado fuera de establecimiento al artículo 92 del RDL 1/2007.

En el apartado 3º del artículo 92 del **anteproyecto**, se establece que:

3. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10 y del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en este título, en los contratos

celebrados fuera del establecimiento del empresario serán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor y usuario.

El artículo 25 de la **Directiva** 2011/83/UE establece el carácter imperativo de las disposiciones de la Directiva de la forma siguiente:

“Si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado miembro, el consumidor no podrá renunciar a los derechos que le confieran las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva.

Toda disposición contractual que excluya o limite directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva no vinculará al consumidor.”

Comentario: Hasta el momento, las normas de protección al consumidor eran consideradas en todo caso, normas imperativas y nulas las renunciaciones y los actos cometidos en fraude de ley, según el artículo 10 del RDL 1/2007.

Sin embargo, ahora, se postula la posibilidad de validez de las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor, por lo que debe disiparse la interpretación en base a la cual una norma contraria a las prescripciones de la Directiva o del RDL 1/2007 puede resultar beneficiosa para el consumidor ya que, por la diferente posición de las partes en el contrato, se puede tender a una limitación de derechos.

En los apartados 4º y 5º del artículo 92 del **anteproyecto** se regulan cuestiones complementarias al objeto de la Directiva 2011/83/UE, como es el tema de la competencia de las autorizaciones para el ejercicio de la venta fuera del establecimiento comercial y el establecimiento de “presunción” de existencia de sometimiento a la aplicación de las disposiciones legales del RDL, salvo prueba en contrario:

4. Las Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, podrán regular las autorizaciones a que deben quedar sujetos los empresarios que realicen operaciones de venta fuera de su establecimiento.

5. Todos los contratos y ofertas celebrados fuera del establecimiento mercantil se presumen sometidos a las disposiciones de este título, correspondiendo al empresario la prueba en contrario.”

Comentario: El apartado 4 del precepto se refiere al tema de autorizaciones y comunicaciones que corresponderán a las respectivas Administraciones Públicas en virtud del reparto constitucional de competencias.

Por su parte, el apartado 5º atribuye la carga de la prueba al empresario, lo que parecer correcto, en virtud de que dispone de una unidad empresarial dedicada al ejercicio de una actividad económica organizada.

18.2. Artículo 93

En el **anteproyecto** se regulan las excepciones del ámbito de aplicación de la Directiva de la forma siguiente:

“Artículo 93.- Excepciones:

La regulación establecida en este título no será de aplicación:



a) A los contratos de servicios sociales, incluidos la vivienda social, el cuidado de los niños y el apoyo, a familias y personas necesitadas temporal o permanentemente, incluida la atención a largo plazo;

b) A los contratos de servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios, con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias;

c) A los contratos de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas;

d) A los contratos de servicios financieros. A tal efecto, se considera como servicio financiero todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión personal, de inversión o de pago;

e) A los contratos de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos;

f) A los contratos para la construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial de edificios existentes y el alquiler de alojamientos para su uso como vivienda;

g) A los contratos relativos a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados regulados en esta ley;

h) A los contratos relativos a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio regulados en la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias;

i) A los contratos que, con arreglo a la legislación vigente, deban celebrarse ante un fedatario público, obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico;

j) A los contratos para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, suministrados físicamente por un empresario mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor;

k) A los contratos de servicios de transporte de pasajeros, a excepción del artículo 98.2.

l) A los contratos celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas;

m) A los contratos celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, Internet o fax por parte de un consumidor.

En la Directiva 2011/83/UE, se regula en su artículo 3,3 las excepciones de la aplicación de la Directiva a los contratos siguientes:

"3. La presente Directiva no se aplicará a los contratos:

- a) de servicios sociales, incluidos la vivienda social, el cuidado de los niños y el apoyo, a familias y personas necesitadas temporal o permanentemente, incluida la atención a largo plazo;*
- b) de asistencia sanitaria tal como se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2011/24/UE con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias;*
- c) de actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, los juegos de casino y las apuestas;*
- d) de servicios financieros;*
- e) de creación, adquisición o transferencia de bienes inmuebles o de derechos sobre los mismos;*
- f) para la construcción de edificios nuevos, la transformación sustancial de edificios existentes y el alquiler de alojamientos para su uso como vivienda;*
- g) incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados;*
- h) incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio;*
- i) que, con arreglo a la legislación de los Estados miembros, sean celebrados ante un funcionario público obligado por ley a ser independiente e imparcial y a garantizar, mediante el suministro de una información jurídica comprensible, que el consumidor celebra el contrato únicamente previa reflexión suficiente y con pleno conocimiento de su alcance jurídico;*
- j) para el suministro de productos alimenticios, bebidas u otros bienes de consumo corriente en el hogar, suministrados físicamente por un comerciante mediante entregas frecuentes y regulares en el hogar o lugar de residencia o de trabajo del consumidor;*
- k) de servicios de transporte de pasajeros, a excepción del artículo 8, apartado 2, y de los artículos 19 y 22;*
- l) celebrados mediante distribuidores automáticos o instalaciones comerciales automatizadas;*
- m) celebrados con operadores de telecomunicaciones a través de teléfonos públicos para la utilización de esos teléfonos, o celebrados para el establecimiento de una única conexión de teléfono, Internet o fax por parte de un consumidor."*



Comentario: Mediante este artículo 93 se regulan las excepciones para la regulación de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera de establecimiento comercial, en los términos contemplados en el artículo 3,3 de la Directiva 2011/83/UE, excepto en los servicios financieros que los define en el apartado d) como *“todo servicio financiero en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión personal, de inversión o de pago”*.

Esta definición que es una norma de “armonización plena” se contiene en el artículo 2,12º de la Directiva difiere de otras definiciones como la de “servicios financieros”, por ejemplo, contenida en el artículo 4,2º de la Ley 22/2007 de comercialización de servicios financieros a distancia que es mucho más completa. Al tener su origen en la Directiva 2002/65/CE deberá tener la consideración de “sector específico” y prevalecerá sobre la definición contenida en la Directiva 2011/83/UE.

Se deberían evitar incoherencias entre las diversas leyes de protección al consumidor, cuando se definen conceptos idénticos, por lo que cabría hacer, al menos, una referencia, aunque fuera por exclusión a la Ley 22/2007 cuando se definen los servicios financieros.

Por otra parte, en el apartado j) del anteproyecto del artículo 93 se excluyen los servicios de compra doméstica habitual servida a domicilio cualquiera que sea su cuantía total, conforme a lo dispuesto en el artículo 3-3º,j) de la Directiva 2011/83/UE que, sin embargo contiene una exclusión opcional de carácter general: los Estados miembros pueden decidir no aplicar la Directiva cuando se trate de la venta de bienes o servicios de menos cuantía fuera del establecimiento. El umbral monetario debe fijarse en un nivel lo suficientemente bajo como para que solo queden excluidas las compras de poca importancia, dejándose a los Estados miembros determinar este valor mediante disposiciones nacionales, siempre que no sea superior a 50 euros. En el anteproyecto no se hace uso de esta opción, no obstante, debería fijarse una cuantía para la determinación de las ventas de menor cuantía que no supere el umbral de los 50 euros, en lo que se refiere a los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.

18.3). Artículo 94

En el **anteproyecto** está previsto un artículo 94 en el que se regulan las “comunicaciones comerciales y la contratación electrónica” de la forma siguiente:

“Artículo. 94. Comunicaciones comerciales y contratación electrónica.

En las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica y en la contratación a distancia de bienes o servicios por medios electrónicos, se aplicará además de lo dispuesto en este título, la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

En la **Directiva** 2011/83/UE, la única remisión que existe es la genérica del artículo 3-2º y el Considerando nº 12, que tienen la redacción siguiente:

“3.2. Si las disposiciones de la presente Directiva entraran en conflicto con una disposición de otro acto de la Unión que regule sectores específicos, la disposición del otro acto de la Unión prevalecerá y será de aplicación a dichos sectores específicos.”

(12) Los requisitos de información que establece la presente Directiva deben completar los requisitos de información de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del

Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Los Estados miembros deben seguir teniendo la posibilidad de imponer requisitos de información adicionales aplicables a los prestadores de servicios establecidos en su territorio.”

Comentario: Se incorpora este artículo para adaptar la regulación interna al artículo 3-2 de la Directiva, en cuanto al carácter complementario de sus disposiciones, respecto a lo dispuesto en la normativa de prestación de servicios y de servicios de la sociedad de la información, en cuanto al comercio electrónico.

18.4. Artículo 95

En el **anteproyecto**, se contempla un artículo 95 en el que se regulan los “servicios de intermediación en los contratos a distancia” de la forma siguiente:

“Artículo. 95. Servicios de intermediación en los contratos a distancia.

Los operadores de las técnicas de comunicación a distancia, entendiéndose por tales a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que sean titulares de las técnicas de comunicación a distancia utilizadas por los empresarios, están obligados a procurar, en la medida de sus posibilidades, que éstos respeten los derechos que este título reconoce a los consumidores y usuarios y cumplan las obligaciones que en él se les imponen.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será exigible a los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información, que se regirán por lo previsto en la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico.”

En la **Directiva** 2011/83/UE no existe ningún precepto que trate a los servicios de intermediación en los contratos a distancia-

Comentario: Se deberían establecer los deberes y obligaciones de los operadores de las técnicas de comunicación a distancia respecto a los empresarios de una forma clara, evitando frases como “obligados a procurar, en la medida de sus posibilidades” y similares, especialmente cuando, por otra parte tampoco se concretan en qué pueden consistir dichas posibilidades. La norma jurídica, debe contener mandatos y no deseos. El artículo, con la redacción dada en el anteproyecto, resulta totalmente superfluo en un texto con rango de Ley.

18.5. Artículo 96

En el nuevo artículo 96 del **anteproyecto** se regulan las “comunicaciones comerciales a distancia” de la forma siguiente:

Artículo. 96. Comunicaciones comerciales a distancia

“1. En todas las comunicaciones comerciales a distancia deberá constar inequívocamente su carácter comercial.

2. En el caso de comunicaciones telefónicas, deberá precisarse explícita y claramente, al principio de cualquier conversación con el consumidor y usuario, la identidad del empresario y la finalidad comercial de la llamada.

3. La utilización por parte del empresario de las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o el telefax necesitará el consentimiento expreso previo del consumidor y usuario.

4. En todo caso, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre protección de los menores y respeto a la intimidad. Cuando se utilicen datos personales procedentes de fuentes accesibles al público para la realización de comunicaciones comerciales, se proporcionará al destinatario la información que señala la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, y se ofrecerá al destinatario la oportunidad de oponerse a la recepción de las mismas.”

En la **Directiva** 2011/83/UE no existe ningún precepto sobre las comunicaciones comerciales a distancia.

Comentario: Resulta importante la introducción del mandato consistente de en que todas las comunicaciones a distancia quede identificado de forma inequívoca su carácter comercial, así como la identificación del empresario y la finalidad comercial en las llamadas telefónicas, y el consentimiento expreso previo en los sistemas automatizados de llamada sin intervención humana.

De todas formas, este tipo de regulación no debería dar carta de naturaleza al “spam” telefónico, que en todo caso, debería regularse y prohibirse como modalidad comercial desleal agresiva contemplada en la Directiva 2005/29/CE.

Como establece el Considerando nº 61 de la Directiva 2011/83/UE, la “Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas regula las comunicaciones no solicitadas y ofrece un elevado nivel de protección de los consumidores”.

Dicha Directiva, en su artículo 13 regula las comunicaciones no solicitadas, y en su apartado 3º establece que:

“3. Los Estados miembros tomarán las medidas adecuadas para garantizar, que, sin cargo alguno, no se permitan las comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa en casos que no sean los mencionados en los apartados 1 y 2, bien sin el consentimiento del abonado, bien respecto de los abonados que no deseen recibir dichas comunicaciones. La elección entre estas dos posibilidades será determinada por la legislación nacional”.

Con el artículo propuesto en el anteproyecto, no parece que, en principio, se haya dado cumplimiento al mandato de la Directiva de tomar las “medidas adecuadas para garantizar que no se permitan las comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa”, por lo que no se estaría transponiendo dicha norma correctamente en cuanto que no se adopta ninguna de las dos opciones señaladas por la Directiva 2002/58/CE (no permitir las comunicaciones no solicitadas con fines de venta directa sin consentimiento previo o, bien garantizar que, los abonados que lo deseen, no puedan recibir dichas comunicaciones).

Además la utilización por parte del empresario de las técnicas de comunicación que consistan en un sistema automatizado de llamada sin intervención humana o el telefax

necesitará el consentimiento expreso previo del consumidor y usuario. En todo caso, en dichas comunicaciones constará expresamente y de forma clara el modo en que el consumidor puede oponerse de seguir recibiendo tales comunicaciones comerciales.

En la mayoría de las ocasiones las comunicaciones comerciales a distancia son no deseadas por el consumidor, e incluso molestas. Por ello entendemos que debe facilitarse en el mismo momento de efectuar esta comunicación el derecho a manifestar su renuncia a seguir recibiendo dicha comunicación, sin perjuicio del artículo 96.4.

Propuesta de adición del artículo 17 del anteproyecto de ley por el que se reforma el artículo 103 d) del Real Decreto Legislativo 1/2007.

103. d) En los supuestos a que se refiere el artículo 97.1 en los que el precio no pudo ser comunicado al consumidor o usuario por no poder calcularse razonablemente de antemano, el consumidor tendrá derecho a desistir del bien o servicio en los plazos que determina esta ley desde el momento en que sea conocido el precio exacto de la prestación o servicio, siempre que el mismo exceda razonablemente de las previsiones comunicadas al consumidor o usuario de acuerdo a la forma en que se determinó el precio comunicado por el empresario. Este derecho de desistimiento podrá ejercerse incluso aunque haya transcurrido el plazo una vez recibido el bien o servicio.

Porque dada la indeterminación del concepto "razonablemente" y en orden a evitar un uso confuso de la estimación del coste del bien o servicio que finalmente resulte ser excesivamente superior al informado al consumidor, se prevé como garantía la posibilidad de desistimiento del bien o servicio. Este desistimiento operará en aquellos casos en los que el conocimiento del importe exacto, vía factura o domiciliación del pago, se conozca después de recibido el bien o servicio y transcurrido el plazo legal de desistimiento de 14 días naturales.

En cuanto a la protección de los menores por las comunicaciones comerciales a distancia, se debería ser más concreto en la protección otorgada y, en todo caso, se deberían imponer normas de protección elevada para impedir que los menores puedan ser objeto de este tipo de comunicación comercial, en especial, cuando contengan una publicidad con una exhortación directa a los niños para que compren o convengan a sus padres u otros adultos de que les compren los productos anunciados.

Respecto a la posibilidad de oposición del consumidor, debería reforzarse esta norma en el sentido de que una vez producido el rechazo por parte del consumidor, el empresario no podrá volver a conectarle, cuando pueda hacerlo lícitamente, antes de que transcurra el plazo de un año desde que se produjo dicho rechazo u oposición a la comunicación comercial.

18.6. Artículo 97

En el **anteproyecto** figura un Capítulo II que versa sobre la "información precontractual y contratos", y en un extenso artículo 97 regula la "información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil", este Consejo realiza algunas propuestas de modificación a varios de sus apartados.

Artículo. 97. *Información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.*



"1. Antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el empresario le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información:

a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios;

b) La identidad del empresario, por ejemplo su nombre comercial;

Respecto del b) ha de señalarse lo siguiente: La modificación legal propuesta señala que lo que se informará será "la identidad del empresario, por ejemplo su nombre comercial". Este extremo, además de no coincidir con lo previsto en la directiva, supone incorporar un elemento de indefinición toda vez que la identidad comercial puede ser múltiple o confundida; para la finalidad pretendida por la norma quizá sea más operativo informar del nombre comercial y del NIF del comerciante. La letra g) de esta mismo art. señala, siguiendo el dictado de la directiva, que se informe de "el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario"; a este respecto, puede conseguirse dar cumplimiento a la directiva y al mismo tiempo concretar a qué se refieren dichos sistemas de tratamiento siendo más ilustrativo informar al consumidor si dicho tratamiento ha de ser personalizado y no mecanizado, telemático o presencial, con respuesta expresa, etc.

c) La dirección geográfica del establecimiento del empresario y el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del mismo, cuando proceda, con objeto de que el consumidor pueda ponerse en contacto y comunicarse con él de forma rápida y eficaz, así como, cuando proceda, la dirección geográfica y la identidad del empresario por cuya cuenta actúa;

El CCU propone que si la entidad no es española pero tiene alguna oficina o sede donde pueda dirigirse el consumidor, dentro del territorio español, ésta deberá indicarlo.

d) Si es diferente de la dirección facilitada de conformidad con la letra c), la dirección geográfica de la sede del empresario y, cuando proceda, la del empresario por cuya cuenta actúa, a la que el consumidor puede dirigir sus reclamaciones;

e) El precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos y tasas, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro gasto o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales. En el caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que incluya una suscripción, el precio incluirá el total de los costes por período de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total también significará el total de los costes mensuales. Cuando no sea posible calcular razonablemente de antemano el coste total, se indicará la forma en que se determina el precio;

En el apartado e) el CCU opina que debería quedar incluido de forma expresa "la información del coste de los distintos medios de pago que pueda utilizar el consumidor".

f) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica;

g) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario;

El apartado g) señala, siguiendo el dictado de la directiva, que se informe de "el sistema de tratamiento de las reclamaciones del empresario"; a este respecto, puede conseguirse dar cumplimiento a la directiva y al mismo tiempo concretar a qué se refieren dichos sistemas de tratamiento, siendo más ilustrativo informar al consumidor si dicho tratamiento ha de ser personalizado y no mecanizado, telemático o presencial, con respuesta expresa, etc.

h) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación;

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;

j) Cuando proceda, la indicación de que el consumidor tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia, cuando los bienes, por su naturaleza, no puedan devolverse normalmente por correo, el coste de la devolución de los mismos;

k) En caso de que el consumidor ejercite el derecho de desistimiento tras la presentación de una solicitud con arreglo al artículo 98.8 o al artículo 99.3, la información de que en tal caso el consumidor deberá abonar al empresario unos gastos razonables de conformidad con el artículo 107.3;

l) Cuando no se haya previsto un derecho de desistimiento con arreglo al artículo 102, 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;

m) Un recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes;

n) Cuando proceda, la existencia de asistencia posventa al consumidor, servicios posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones;

o) La existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso. Se entiende por código de conducta el acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos empresarios que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos;

p) La duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución;

q) Cuando proceda, la duración mínima de las obligaciones del consumidor derivadas del contrato;

r) Cuando proceda, la existencia y las condiciones de los depósitos u otras garantías financieras que el consumidor tenga que pagar o aportar a solicitud del empresario;



s) Cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables;

t) Cuando proceda, toda interoperabilidad pertinente del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que éste pueda conocer;

u) Cuando proceda, la posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de reclamación y reparación al que esté sujeto el empresario y los métodos para tener acceso al mismo.

2. El apartado 1 se aplicará también a los contratos para el suministro de agua, gas, electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material

3. En las subastas públicas, la información a que se refiere el apartado 1, letras b), c) y d), podrá ser sustituida por los datos equivalentes del subastador. A tal efecto, se entiende como subasta pública el método de venta en el que el empresario ofrece bienes o servicios a los consumidores que asisten o pueden asistir a la subasta en persona, mediante un procedimiento transparente y competitivo de licitación dirigido por un subastador y en el que el adjudicatario está obligado a comprar los bienes o servicios.

4. La información contemplada en las letras i), j) y k) del apartado 1 podrá proporcionarse a través del modelo de documento de información al consumidor sobre el desistimiento establecido en el anexo, letra a. El empresario habrá cumplido los requisitos de información contemplados en el apartado 1, letras i), j) y k), cuando haya proporcionado dicha información correctamente cumplimentada.

5. La información a que se refiere el apartado 1 formará parte integrante del contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario.

6. Si el empresario no cumple los requisitos de información sobre gastos adicionales u otros costes contemplados en el apartado 1, letra e), o sobre los costes de devolución de los bienes contemplados en el apartado 1, letra j), el consumidor no deberá abonar dichos gastos o costes.

7. Los requisitos de información establecidos en este capítulo se entenderán como adicionales a los requisitos que figuran en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, si una disposición general o sectorial sobre prestación de servicios, incluidos los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, relativa al contenido o el modo en que se debe proporcionar la información entrara en conflicto con alguna disposición de esta ley, prevalecerá la disposición de esta ley.

8. La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de los requisitos de información establecidos en este artículo incumbirá al empresario”.

comercio electrónica y la de servicios, en especial, cuyos requisitos resultan "adicionales y complementarios".

El principal defecto, de esta norma, como ya se ha comentado, es la falta de normativa que regule los incumplimientos de estos deberes de información precontractual, y al comentario anterior sobre el tema nos remitimos.

Respecto del contenido del artículo, las exigencias derivadas del precepto parecen adecuadas, salvo:

-La ausencia de una mención expresa en la información precontractual a las cláusulas de penalización en caso de baja anticipada en los contratos de duración determinada, así como información sobre el procedimiento para causar baja.

-Respecto a la información pre-contractual de contenidos digitales (programas, juegos, música, etc.), independientemente del soporte en el que se suministran (material o en red, ya sea través de descarga o de acceso en tiempo real) el deber de información se extiende a la funcionalidad de los contenidos y a su interoperatividad. Se ha facilitar información sobre las diversas formas de utilizar el contenido digital, incluyendo posible restricciones o medidas técnicas de protección (funcionalidad), y sobre la compatibilidad del contenido con programas y apartados conocidos por el comerciante o que razonablemente quepa esperar que deba conocerlos.

-La información precontractual se incorpora al contrato y no puede ser alterada, salvo que ambas partes "dispongan expresamente lo contrario", correspondiendo al comerciante probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos, y en su caso, el pacto expreso del contenido de la información facilitada antes de la celebración del contrato, conforme está previsto en el nuevo artículo 97-5º del anteproyecto.

El pacto entre las partes, sólo puede modificar el contenido de la información, pero en ningún caso puede alterar los deberes de información impuestos al empresario. Debe quedar claro que se trata de una norma imperativa y que, en ningún caso pueden admitirse pactos modificativos de los deberes de información o confirmación del contrato en los contratos celebrados con consumidores.

- En lo que se refieren a los "códigos de conducta" que figura en el extremo o) del este artículo 97, pues se refiere a:

"La existencia de códigos de conducta pertinentes y la forma de conseguir ejemplares de los mismos, en su caso. Se entiende por código de conducta el acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos empresarios que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos".

Sin embargo, esta definición no contiene los requisitos sobre la finalidad de los códigos de conducta, contemplados en la Ley de Competencia Desleal en su artículo 37-1º, a saber:

- Elevar el nivel de protección de los consumidores y,

-Garantizar en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores.



De dichos requisitos se deduce que siempre los códigos de conducta deben tener un nivel de protección a los consumidores superior al de la Ley, con lo que no cabe la mera reproducción de preceptos legales, sino la mejora sustancial de sus derechos, y que debe garantizarse la participación de las asociaciones de consumidores en su elaboración. Por coherencia, debería mantenerse la misma definición, ya que el concepto de "código de conducta" propuesto disminuye la protección de los consumidores, al permitir normas que no tengan un nivel más elevado de protección de los consumidores y, en definitiva, legalizar las operaciones de marketing comercial mediante la utilización de las fórmulas de códigos de conducta, a quien no desea mejorar los niveles legales de protección.

En todo caso, y con independencia de las anteriores observaciones, dadas las divergencias existentes en el CCU sobre los códigos de conducta, se propone que, en este precepto se hable de "códigos de conducta" a los que se encuentre vinculado un empresario, así como la referencia a los órganos extrajudiciales de resolución de conflictos que deberán resolver las reclamaciones por un eventual incumplimiento de dicho código de conducta, en todo caso, de forma totalmente gratuita para el consumidor.

El CCU reitera que todo mecanismo extrajudicial de reclamación de los consumidores deberá ser totalmente gratuito para éstos.

18.7.- Artículo 98

En el artículo 98 del **anteproyecto** se regulan los "requisitos formales de los contratos a distancia", de la forma siguiente:

"Artículo 98. Requisitos formales de los contratos a distancia.

1. En los contratos a distancia, el empresario facilitará al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o bien, en la lengua elegida para la contratación, y, en todo caso, en castellano, la información exigida en el artículo 97.1 o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar. Siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible.

2. Si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos implica obligaciones de pago para el consumidor, el empresario pondrá en conocimiento del consumidor de una manera clara y destacada, y justo antes de que el consumidor efectúe el pedido, la información establecida en el artículo 97.1, letras a), e), p) y q).

El empresario deberá velar por que el consumidor, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que éste implica una obligación de pago. Si la realización de un pedido se hace activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse de manera que sea fácilmente legible únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación análoga no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al empresario. En caso contrario, el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido.

3. Los sitios web de comercio deberán indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas.

4. Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia en la que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados, el empresario facilitará en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución a que se hace referencia en el artículo 97.1, letras a), b), e), i) y p). El empresario deberá facilitar al consumidor las demás informaciones que figuran en el artículo 97 de una manera apropiada con arreglo al apartado 1 del presente artículo.

5. Si el empresario llama por teléfono al consumidor para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación con el consumidor, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objeto comercial de la misma.

6. En caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, el empresario deberá confirmar la oferta al consumidor por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor sólo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito.

7. El empresario deberá facilitar al consumidor la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Tal confirmación incluirá:

a) Toda la información que figura en el artículo 97.1, salvo si el empresario ya ha facilitado la información al consumidor en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia, y

b) Cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 102, letra m).

8. En caso de que un consumidor desee que la prestación de servicios o 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 dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 103, el empresario exigirá que el consumidor presente una solicitud expresa en tal sentido.

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

10. Este artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre la celebración de contratos y la realización de pedidos por vía electrónica establecidas en la Ley 34/2002, de 11 de julio.

En la **Directiva 2011/83/UE** en su artículo 8 regula los "requisitos formales de los contratos a distancia" con la redacción siguiente:

"1. En los contratos a distancia, el comerciante facilitará al consumidor la información exigida en el artículo 6, apartado 1, o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles. Siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible.

2. Si un contrato a distancia que ha de ser celebrado por medios electrónicos obliga al consumidor a pagar, el comerciante pondrá en conocimiento del consumidor de una manera clara y destacada, y justo antes de que el consumidor efectúe el pedido, la información establecida en el artículo 6, apartado 1, letras a), e), o) y p).

El comerciante deberá velar por que el consumidor, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que este implica una obligación de pago. Si la realización de un pedido se hace activando un botón o una función similar, el botón o la función similar deberán etiquetarse de manera que sea fácilmente legible únicamente con la expresión "pedido con obligación de pago" o una formulación correspondiente no ambigua que indique que la realización del pedido implica la obligación de pagar al comerciante. En caso contrario, el consumidor no quedará obligado por el contrato o pedido.

3. Los sitios web de comercio deberán indicar de modo claro y legible, a más tardar al inicio del procedimiento de compra, si se aplica alguna restricción de entrega y cuáles son las modalidades de pago aceptadas.

4. Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia en el que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados, el comerciante facilitará en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del comerciante, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución a que se hace referencia en el artículo 6, apartado 1, letras a), b), e), h) y o). El comerciante deberá facilitar al consumidor las demás informaciones que figuran en el artículo 6, apartado 1, de una manera apropiada con arreglo al apartado 1 del presente artículo.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4, si el comerciante llama por teléfono al consumidor para celebrar un contrato a distancia, deberá revelar, al inicio de la conversación con el consumidor, su identidad y, si procede, la identidad de la persona por cuenta de la cual efectúa la llamada, así como indicar el objetivo comercial de la misma.

6. En caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, los Estados miembros podrán establecer que el comerciante ha de confirmar la oferta al consumidor, que solo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito. Los Estados miembros podrán establecer asimismo que dichas confirmaciones han de realizarse en un soporte duradero.

7. El comerciante deberá facilitar al consumidor la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Tal confirmación incluirá:

a) toda la información que figura en el artículo 6, apartado 1, salvo si el comerciante ya ha facilitado la información al consumidor en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia, y

b) cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 16, letra m).

8. En caso de que un consumidor desee que la prestación de servicios o 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 dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 9, apartado 2, el comerciante exigirá que el consumidor presente una solicitud expresa en tal sentido.

9. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de las disposiciones sobre la celebración de contratos por vía electrónica y la realización de pedidos por vía electrónica establecidas en los artículos 9 y 11 de la Directiva 2000/31/CE.

10. Los Estados miembros no impondrán ningún otro requisito formal de información precontractual para el cumplimiento de los requisitos de información contemplados en la presente Directiva."

Comentario: Se recogen los presupuestos exigidos en el artículo 6 de la Directiva, si bien se considera que la ausencia de remedios ante los incumplimientos del deber de información es una laguna, como ya se ha comentado y que, al menos, debería existir una norma destinada a que se recogiera un mandato dirigido a los jueces y operadores para que no dieran curso a las reclamaciones de los empresarios, siempre que se acreditase un incumplimiento del deber de información pre-contractual.

En el mismo sentido, cabe referirse, a la falta de cumplimiento del requisito de "facilitar la confirmación" por parte del empresario, que se establece en el apartado 7 y siguientes del artículo propuesto por el anteproyecto.

Como novedad está que para facilitar la información previa no se requerirá soporte duradero, en todo caso, ya que la puesta a disposición del consumidor, será de "*forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles*", y así lo hace en los 3 primeros apartados del precepto, ya que lo importante es que la prioridad de un soporte u otro depende de su adecuación a la técnica de comunicación a distancia utilizada si bien siempre que dicha información se facilite en soporte duradero (por ejemplo, mediante tarjeta de memoria, disco duro del ordenador o correo electrónico), éste deberá ser legible.

No obstante deben formularse, al precepto propuesto, las aclaraciones siguientes:

-Si la información se facilita en línea, que no es soporte duradero, según el Considerando 23, ha de permitirse al destinatario archivar las condiciones generales aplicables a la contratación.

- Si el contrato es telefónico, la información principal se facilitará en la conversación telefónica, debiendo remitir al consumidor a otro medio complementario para ampliar la información (web, envío por correo ordinario, etc.).

-En los contratos electrónicos, contemplados en el apartado 2º de este artículo, recoge fielmente el mandato del artículo 8 de la Directiva 2011/83/UE del deber de información precontractual, mediante la fórmula de "poner en conocimiento del comprador de una manera clara y destacada, justo antes de que el consumidor efectúe el pedido", es decir antes del denominado "clic" de confirmación de la oferta, ya que se presta el consentimiento de forma expresa "activando un botón o función similar". Debería quedar claro que no basta con incluir un enlace que el usuario pueda visitar (o no) para informarse sobre las condiciones del contrato y especialmente sobre el precio. También, resulta acertado que, conforme establece la Directiva, las consecuencias del deber de no inclusión de la etiqueta alusiva a la obligación de pago o la ambigüedad respecto a esta obligación implican que el consumidor no quedará obligado por el contrato. Por último, el apartado 3º recoge las exigencias de la Directiva de incrementar al alza las exigencias informativas en los contratos electrónicos, al establecer que las web de comercio electrónico "deberán indicar" de modo claro y legible 2ª más tardar al inicio del procedimiento de compra, si aplican algunas restricciones de entrega y cuáles son los medios de pago aceptados.

-En cuanto a los contratos telefónicos, se regulan en los apartados 4,5 y 6 de este precepto que vendrán a sustituir al RD 1906/1999 que se deroga expresamente. La norma propuesta recoge la obligación del artículo 8-4º de la Directiva 2011/83/UE que obliga al comerciante que contrata a distancia mediante técnicas en las que el espacio o el tiempo son limitados a facilitar en "ese soporte específico" y con carácter previo a la celebración del contrato la información mínima determinante de la voluntad de contratar, que vienen detalladas en el apartado 4º. Especialmente, afortunada es la redacción del apartado 6 que, recogiendo el mandato del artículo 8,6 de la Directiva 2011/83/UE, exige expresamente, para los contratos celebrados por teléfono, que el consumidor solamente quedará vinculado una vez que haya formado la oferta o enviado su acuerdo por escrito, para lo cual no servirá la grabación sonora-que puede servir de prueba del deber del comerciante de informar- para la confirmación del contrato.

-Respecto a los denominados contratos celebrados "por medio de técnicas con espacio o tiempo limitado para facilitar información", la Directiva 2011/83/UE obliga al empresario a facilitar en el soporte específico utilizado y con carácter previo a la celebración del contrato la información mínima, según el apartado 4, pero el resto de información deberá ser facilitada de una "manera apropiada". Aunque en el texto de la Directiva no figure ningún precepto al respecto, en el Considerando 36 prevé la posibilidad de que el medio complementario en el que ofrecer la información adicional se un número de teléfono gratuito, por lo que se considera que dicho mandato se debería reflejar en el anteproyecto.

-el apartado 7º debería reforzarse en el sentido de que la "confirmación del contrato" deberá ser "siempre" o en todo caso, mediante soporte duradero, y a ser posible, concretar que se entiende por "plazo razonable" que puede dar lugar a muchas divergencias de interpretación.

Dentro de las técnicas de comunicación a distancia, consideramos que la información que debe facilitarse según este apartado, debería hacerse en todo caso en un soporte duradero, remitiendo al consumidor a una página web donde descargar dicha oferta. De esta manera, aunque el consumidor no hubiera podido recibir toda la información debido a que la técnica de comunicación utilizada para la contratación no lo permitía o lo hacía demasiado complejo o gravoso, podrá verificar de forma inmediata la información facilitada y de esa manera tener mayor capacidad para decidir si efectivamente lo contratado es de su interés o, por el contrario, ejercer su derecho de desistimiento.

18.8.- Artículo 99.

Por su parte, el artículo 99 del **anteproyecto** viene a regular los "requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento":

Artículo 99. Requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento.

"1. En los contratos celebrados fuera del establecimiento, el empresario facilitará al consumidor la información exigida en el artículo 97.1 en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en otro soporte duradero. Dicha información deberá ser legible y estar redactada al menos en castellano y en términos claros y comprensibles.

2. El empresario deberá facilitar al consumidor una copia del contrato firmado o la confirmación del mismo en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento

expreso del consumidor y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento a que se refiere el artículo 102, letra m).

3. En caso de que un consumidor desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, o calefacción mediante sistemas urbanos, dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 103, el empresario exigirá que el consumidor presente una solicitud expresa en tal sentido en un soporte duradero.

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

5. El contrato celebrado o la oferta realizada con infracción de los requisitos establecidos en este artículo podrán ser anulados a instancia del consumidor y usuario.

En ningún caso podrá ser invocada la causa de nulidad por el empresario, salvo que el incumplimiento sea exclusivo del consumidor y usuario.”

En la **Directiva 2011/83/UE**, en su artículo 7 regula los “requisitos formales de los contratos celebrados fuera de establecimiento comercial” de la forma siguiente:

“1. En los contratos celebrados fuera del establecimiento, el comerciante facilitará la información exigida en el artículo 6, apartado 1, al consumidor en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en otro soporte duradero. Dicha información deberá ser legible y estar redactada en términos claros y comprensibles.

2. El comerciante deberá facilitar al consumidor una copia del contrato firmado o la confirmación del contrato en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en un soporte duradero diferente, incluida, cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento a que se refiere el artículo 16, letra m).

3. En caso de que un consumidor desee que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas—, o calefacción mediante sistemas urbanos, dé comienzo durante el plazo de desistimiento previsto en el artículo 9, apartado 2, el comerciante exigirá que el consumidor presente una solicitud expresa en tal sentido en un soporte duradero.

4. En lo que se refiere a los contratos celebrados fuera del establecimiento en los que el consumidor haya solicitado específicamente los servicios del comerciante para que efectúe operaciones de reparación o mantenimiento con respecto a los cuales el comerciante y el consumidor realicen de inmediato sus obligaciones contractuales y el pago que ha de realizar el consumidor no sea superior a 200 EUR:

a) el comerciante facilitará al consumidor la información a que se refiere el artículo 6, apartado 1, letras b) y c), y la información sobre el precio o la forma en que se calcule el precio junto con una estimación del precio total, en papel o, si el consumidor está de acuerdo, en otro soporte duradero. El comerciante deberá facilitar la información a que se refiere el artículo 6, apartado 1, letras a), h) y k), pero podrá optar por no proporcionarla en papel u en otro soporte duradero en caso de que el consumidor haya dado su consentimiento de forma expresa;

b) la confirmación del contrato facilitada de acuerdo con el apartado 2 deberá contener la información establecida en el artículo 6, apartado 1.

Los Estados miembros podrán decidir no aplicar el presente apartado.

5. Los Estados miembros no impondrán ningún otro requisito formal de información precontractual para el cumplimiento de los requisitos de información contemplados en la presente Directiva.”

Comentario: El precepto del anteproyecto reconoce fielmente el mandato del artículo 71- de la Directiva 2011(783/UE, relativo a que tanto la información precontractual como la confirmación del contrato se ha de facilitar en papel y sólo si el consumidor está de acuerdo en otro “soporte duradero”, y siguiendo el Considerando 23 de la Directiva, además del papel, se consideran soportes duraderos, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria, los discos duros de ordenador y los correos electrónicos.

Se muestra la conformidad de no incorporar a ordenamiento jurídico español, el régimen facultativo previsto en el apartado 4º del artículo 7 de la Directiva relativo a los contratos de reparación a domicilio y análogos por valor inferior a 200 euros, por no aportar ninguna protección específica para el consumidor.

Se acoge con satisfacción el contenido del apartado 5 del artículo 99 del anteproyecto en cuanto que prevé un remedio civil, a utilizar, por el consumidor en caso de incumplimiento del deber precontractual del empresario, facultando al consumidor para anular el contrato. Extraña que dicho remedio no se haya contemplado para el incumplimiento del deber de información precontractual en los otros contratos, y se consideraría positiva su extensión a los otros tipos de contratos.

18.9.- Artículo 100

El artículo 100 del **anteproyecto** regula la “necesidad de consentimiento expreso” de la forma siguiente:

Artículo 100. Necesidad de consentimiento expreso.

“1. En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta.

2. Si el empresario, sin aceptación explícita del consumidor y usuario destinatario de la oferta, le suministrase el bien o servicio ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 66 quáter.”

En la **Directiva** 2011/83/UE, no figura ningún precepto que trate el tema.

Comentario: Es un precepto a acoger de forma satisfactoria, y su inclusión no resulta superflua, ya que se debe finalizar con cualquier interpretación sobre la prestación tácita del consentimiento por parte del consumidor, en especial, en materias de obligaciones y contratos.

Engarza, perfectamente con lo establecido en el Código Civil, en cuanto que “el contrato existe desde que uno varias personas consienten en obligarse” (artículo 1254 Código Civil), y el consentimiento “se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” y que, en los “contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación (artículo 1261 del Código Civil) .

18.10 .- Artículo 101

El Capítulo III, según el **anteproyecto** regula el derecho de desistimiento, y así el artículo 101, regula dicho "derecho de desistimiento" de la forma siguiente:

Artículo 101. Derecho de desistimiento.

"1. Salvo las excepciones previstas en el artículo 102, el consumidor y usuario tendrá derecho a desistir del contrato durante un periodo de 14 días naturales sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en los artículos 106.2 y 107.

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

-**Directiva** 2011/83/UE, en su artículo 9-1 el "derecho de desistimiento" de la forma siguiente:

"1. Salvo en caso de aplicación de las excepciones establecidas en el artículo 16, el consumidor dispondrá de un período de 14 días para desistir de un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, sin indicar el motivo y sin incurrir en ningún coste distinto de los previstos en el artículo 13, apartado 2, y en el artículo 14."

Comentario: El anteproyecto, recogiendo la previsión de la Directiva, establece un régimen unitario del derecho de desistimiento, estableciendo un período de desistimiento de 14 días naturales, con lo que se incrementa frente al anteriormente previsto de 7 días.

El derecho de desistimiento del consumidor es "ad nutum", es decir, sin necesidad de invocar causa alguna, pero previo cumplimiento de toda una serie de presupuestos (comunicación dentro de plazo, extinción de la relación obligatoria y eficacia ex tunc, etc.).

Tradicionalmente el desistimiento "ad nutum" no llevaba aparejado coste alguno para el consumidor, sin embargo, la propia Directiva y el anteproyecto incluyen, los costes en caso de que el consumidor haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, prevista en el artículo 13-2 de la Directiva y los costes directos de devolución de los bienes y la responsabilidad por pérdida o deterioro de los bienes contempladas en el artículo 14 de la Directiva.

Ambas obligaciones del consumidor, constituyen una disminución del nivel de protección y, dificultarán la confianza en el comercio a distancia y, en especial del comercio electrónico. Se acoge de forma negativa la introducción de estos mandatos en el derecho español, aún siendo conscientes que su introducción se debe a la transposición de la Directiva 2011/83/UE.

En cuanto al apartado 2º del precepto, se considera positivo recordar el carácter imperativo del derecho de desistimiento y su carácter irrenunciable, con la consecuencia de la nulidad de pleno derecho.

18.11.- ARTÍCULO 102.

El artículo 102 del **anteproyecto** regula las "excepciones al derecho de desistimiento" de la forma siguiente:

Artículo 102. Excepciones al derecho de desistimiento.

"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 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. A tal efecto, se entienden como bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor y usuario, aquellos bienes no prefabricados para cuya elaboración sea determinante una elección o decisión individual por parte del consumidor;
- 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 entrega;
- 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 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 vídeos precintados o de programas informáticos precintados que hayan sido desprecintados por el consumidor 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 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 con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento.”

La Directiva 2011/83/UE, regula las excepciones al derecho de desistimiento, en su artículo 16, con la redacción siguiente:

“Los Estados miembros no incluirán el derecho de desistimiento contemplado en los artículos 9 a 15 en los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento que se refieran a:

a) contratos de servicios una vez que el servicio haya sido completamente ejecutado cuando la ejecución haya comenzado, con previo consentimiento expreso del consumidor y con el reconocimiento por su parte de que es consciente que, una vez que el contrato haya sido completamente ejecutado por el comerciante, 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 comerciante no pueda controlar y que puedan producirse durante el periodo de desistimiento;

c) el suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor 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 entrega;

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 comerciante no pueda controlar;

h) los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para efectuar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el comerciante 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 deberá 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 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 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 con el conocimiento por su parte de que en consecuencia pierde su derecho de desistimiento.”

Comentario: El precepto del anteproyecto se limita a transponer literalmente al ordenamiento jurídico español, el artículo 16 de la Directiva 2011/83/UE, excepto en lo que se refiere al supuesto c) en que incorpora la definición de "bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor" conforme a la definición establecida en el artículo 2-4º de la Directiva.

En realidad, respecto al régimen actual contemplado en el RDL 1/2007, tan sólo se introducen tres supuestos que constituyen novedad y que son los siguientes:

-el suministro de bienes que después de su entrega y teniendo en cuenta su naturaleza, se hayan mezclado de forma indisoluble con otros bienes. (supuesto f del anteproyecto),

-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 comerciante no pueda controlar (supuesto g del anteproyecto), y,

-los contratos en los que el consumidor haya solicitado específicamente al comerciante que le visite para realizar operaciones de reparación o mantenimiento urgente; si, en esa visita, el comerciante 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 deberá aplicarse a dichos servicios o bienes adicionales.

En cuanto al apartado 1.b) relativo al 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 **sugerimos una ampliación del mismo en los siguientes términos o similares,**

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, siempre que éste se inicie antes de que finalice el periodo de desistimiento.

18.12.- Artículo 103

El artículo 103 del **anteproyecto** regula el "plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento", de la forma siguiente:

"Artículo 103. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104, el plazo de desistimiento a que se refiere el artículo 101.1 concluirá a los 14 días naturales contados 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 o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados, o bien:

i. En caso de entrega de múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido y entregados por separado, el día que el consumidor o un tercero por él

indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último de los bienes;

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

iii. En caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, el día que el consumidor 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.”

La **Directiva** 2011/83/UE, regula en su artículo 9-2º el “plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento” de la forma siguiente:

“2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10, el plazo de desistimiento a que se refiere el apartado 1 del presente artículo concluirá a los 14 días contados 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 o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material de los bienes solicitados, o bien:

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

ii) en caso de entrega de un bien compuesto por múltiples componentes o piezas, el día que el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, adquiera la posesión material del último componente o pieza,

iii) en el caso de contratos para la entrega periódica de bienes durante un plazo determinado, el día que el consumidor 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.”

Comentario: El precepto del anteproyecto viene a recoger casi literal el texto del artículo 9-2º de la Directiva 2011/83/UE, regulando el cómputo del plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento, ya que la determinación del día de inicio del cómputo de dicho plazo varía en función de la modalidad contractual en que no encontremos.

En todo caso, en el cómputo del plazo de desistimiento no se incluye el día en que se produzca el suceso o se realice el acto a partir del cual debe contarse el plazo, conforme al artículo 5-1º del Código Civil.

No obstante, existen dudas sobre la pertinencia o adecuación de la utilización de términos literales de la Directiva, tales como “un tercero por él indicado” que resulta un poco extraño en derecho español. Está claro que el mandato de la Directiva pretende iniciar el cómputo del plazo, desde la “posesión material del bien”, es decir, desde su recepción por el consumidor o su representante o mandatario. Podrían existir divergencias con la normativa de correos y la notificación a terceros que no fueran los

verdaderos representantes o mandatarios, tales como vecinos, porteros etc.. que dificultarían la efectiva "posesión material del bien" por el consumidor.

18.,13.- Artículo 104.

El artículo 104, del **anteproyecto** aborda la "Omisión de información sobre el derecho de desistimiento" de la forma siguiente:

"Artículo 104. Omisión de información sobre el derecho de desistimiento.

1. Si el empresario no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1, letra i), el periodo de desistimiento expirará doce meses después de la fecha de expiración del periodo de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 103.

2. Si el empresario ha facilitado al consumidor la información contemplada en el apartado 1, en el plazo de doce meses a partir de la fecha contemplada en el artículo 103, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días naturales de la fecha en que el consumidor reciba la información."

La Directiva 2011/83/UE, regula en su artículo 10, la "omisión de información del derecho de desistimiento" de la forma siguiente:

"1. Si el comerciante no ha facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 6, apartado 1, letra h), el período de desistimiento expirará 12 meses después de la fecha de expiración del período de desistimiento inicial, determinada de conformidad con el artículo 9, apartado 2.

2. Si el comerciante ha facilitado al consumidor la información contemplada en el apartado 1 en el plazo de 12 meses a partir la fecha contemplada en el artículo 9, apartado 2, el plazo de desistimiento expirará a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información."

Comentario: La Directiva distingue, de cara a la duración del período de desistimiento, según que el comerciante haya cumplido o no con sus obligaciones de informar sobre tal derecho, en su artículo 10, que es reproducido, casi literalmente por el artículo 104 del anteproyecto.

El derecho de desistimiento expira a los 14 días de la fecha en que el consumidor reciba la información y documentación sobre el derecho de desistimiento.

La Directiva introduce un plazo de prescripción de 12 meses para el ejercicio del desistimiento contados desde la fecha de expiración del período de desistimiento inicial. La introducción de este plazo de prescripción, supone una disminución del nivel de protección del consumidor, respecto a la situación actual, pues en virtud de la Sentencia del TJCE de fecha 13-2-2001, asunto C-481, "Heininger", se iniciaba el cómputo del "dies a quo", a partir del momento en que se entregaba la información sobre dicho derecho de desistimiento al consumidor, primando la protección del consumidor y el derecho de información, a la vez que, se penalizaba al empresario incumplidor, quedando abierto dicho plazo "sine die". Lamentablemente, este precepto constituye otro eslabón más en la disminución de la protección del consumidor que comporta la transposición de la Directiva.

18. 14.- Artículo 105

El artículo 105 del **anteproyecto** viene a regular el "ejercicio y efectos del derecho de desistimiento", de la forma siguiente:

Artículo 105. *Ejercicio y efectos del derecho de desistimiento.*

1. *Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor comunicará al empresario su decisión de desistir del contrato. A tal efecto, el consumidor podrá utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo, letra b de esta ley; o bien realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato.*

2. *El consumidor habrá ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo contemplado en el artículo 103 y en el artículo 104, cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo.*

3. *El empresario podrá ofrecer al consumidor, además de las posibilidades contempladas en el apartado 1, la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo, letra b, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del empresario. En tales casos, el empresario comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento.*

4. *La carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento con arreglo al presente artículo recaerá en el consumidor.*

5. *El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, o de celebrar el contrato, cuando el consumidor haya realizado una oferta".*

La **Directiva 2011/83/UE**, regula en el artículo 11 el "ejercicio del derecho de desistimiento" y el artículo 12 los "efectos del desistimiento" que configura el apartado 5º del artículo 105 del anteproyecto, con la redacción siguiente:

"Artículo 11.- Ejercicio del derecho de desistimiento:

1. *Antes de que venza el plazo de desistimiento, el consumidor comunicará al comerciante su decisión de desistir del contrato. A tal efecto, el consumidor podrá:*

a) *utilizar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo I, letra B, o bien*

b) *realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato.*

Los Estados miembros no impondrán ningún requisito formal al modelo de formulario de desistimiento distinto de los establecidos en el anexo I, letra B.

2. *El consumidor habrá ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo contemplado en el artículo 9, apartado 2, y en el artículo 10, cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo.*

3. *El comerciante podrá ofrecer al consumidor, además de las posibilidades contempladas en el apartado 1, la opción de cumplimentar y enviar electrónicamente el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo I, letra B, o cualquier otra declaración inequívoca a través del sitio web del comerciante. En tales casos, el comerciante comunicará sin demora al consumidor en un soporte duradero el acuse de recibo de dicho desistimiento.*

4. La carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento con arreglo al presente artículo recaerá en el consumidor.”

Artículo 12 Efectos del desistimiento:

El ejercicio del derecho de desistimiento extinguirá las obligaciones de las partes de:

a) *ejecutar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, o*

b) *celebrar el contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento, cuando el consumidor haya realizado una oferta.*

Comentario: El artículo del anteproyecto viene a incorporar al ordenamiento jurídico español de forma casi literal, los artículos 11 y 12 de la Directiva 2011/83/UE.

Respecto al régimen actual, las dos novedades más significativas introducidas por la Directiva son el establecimiento de un formulario normalizado de desistimiento, y la posibilidad de cumplimentar y enviar dicho formulario, cuyo uso es facultativo, o cualquier otra declaración, que debe ser inequívoca.

La carga de la prueba del ejercicio del derecho de desistimiento recae sobre el consumidor, y el ejercicio del derecho conlleva la extinción de las obligaciones de la partes.

Según el artículo Art. 105.2 del anteproyecto *“El consumidor habrá ejercido su derecho de desistimiento dentro del plazo contemplado en el artículo 103 y en el artículo 104, cuando haya enviado la comunicación relativa al ejercicio del derecho de desistimiento antes de que finalice dicho plazo”.*

En repetidas ocasiones, se han conocido supuestos de consumidores que, habiendo ejercido el derecho de desistimiento, éste nunca ha sido reconocido por las empresas contratantes. Las razones que suelen aducirse para ello es que el envío nunca se recibió, o se recibió a plazo vencido. Alegaciones como estas dejan a los consumidores, especialmente a aquellos que forman parte del colectivo de la tercera edad, desprotegidos ante empresas con los que no desean mantener un vínculo contractual. El envío del documento de desistimiento genera en muchas ocasiones la pérdida de la prueba original que ampara sus intereses.

Es por ello que, consideramos necesario e imprescindible la introducción de un sistema de garantías para la protección del derecho de desistimiento de los consumidores.

El envío por correo postal no debe ser la única vía de remisión del documento de desistimiento, con independencia de lo dispuesto en el contrato. El envío por fax de dicho documento origina una protección jurídica mayor para los consumidores, ya que no se desprenden del original, y cuenta con el añadido de quedar registrado en el reporte de envío la fecha, hora y recepción del documento. Igualmente, en los casos en que el empresario no disponga de fax, o por razones técnicas o de otra índole la recepción no fuese posible, aprovechando el principio de igualdad de efectos entre documentos en papel y documentos electrónicos, el envío del escaneado de la hoja de desistimiento vía correo electrónico constituirá prueba suficiente del ejercicio del derecho.

Del mismo modo, el Servicio de Correos ofrece la posibilidad garantizar la integridad del texto, así como su llegada, mediante las opciones de certificación, aviso de llegada, y reconocimiento de texto. Aunque esta opción genera una mayor seguridad frente a las otras, también genera un coste añadido que no debe ser soportado por el consumidor,

del mismo modo que no es soportado el coste de la forma vigente de ejercer el derecho de desistimiento, salvo pacto en contrario.

Se solicita la inclusión en el citado artículo de una serie de instrucciones de actuación que los consumidores deberían seguir para ejercer, fehacientemente, su derecho de desistimiento, debiendo ser imperativamente reconocidas todas las propuestas por las empresas, sin que del contrato pueda desprenderse lo contrario, ni preferencia o elección de alguna.

18.15.- Artículo 106

El artículo 106 del **anteproyecto** viene a regular las "obligaciones del empresario en caso de desistimiento" de la forma siguiente:

"Artículo 106. Obligaciones del empresario en caso de desistimiento.

1. El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor de conformidad con el artículo 105.

El empresario deberá efectuar el reembolso a que se refiere el primer párrafo utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, en caso de que el consumidor haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el empresario no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven.

3. Salvo en caso de que el empresario se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, el empresario podrá retener el reembolso hasta haber recibido los bienes, o hasta que el consumidor haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, según qué condición se cumpla primero."

La **Directiva 2011/83/UE** regula en su artículo 13 las "obligaciones del comerciante en caso de desistimiento, con la redacción siguiente:

"1. El comerciante reembolsará todo pago recibido del consumidor, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor de conformidad con el artículo 11.

El comerciante deberá efectuar el reembolso a que se refiere el primer párrafo utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario y siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, en caso de que el consumidor haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega diferente a la modalidad menos costosa de entrega ordinaria, el comerciante no estará obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven.

3. Salvo en caso de que el comerciante se haya ofrecido a recoger él mismo los bienes, en los contratos de venta, el comerciante podrá retener el reembolso hasta haber

recibido los bienes, o hasta que el consumidor haya presentado una prueba de la devolución de los bienes, según qué condición se cumpla primero.”

Comentario: Este artículo viene a reproducir de forma casi literal el contenido del artículo 13 de la Directiva 2011/83/UE.

Respecto al régimen vigente, la Directiva introduce dos novedades:

- la obligación del comerciante de reembolsar todo pago recibido del consumidor en un plazo máximo de 14 días desde la notificación de desistimiento. Abarcará todo pago recibido del consumidor, incluidos los costes de entrega, salvo si la modalidad de entrega elegida por el consumidor fuese más costosa que la forma de entrega ordinaria ofrecida por el comerciante, éste no está obligado a reembolsar los costes adicionales que de ello se deriven. Para ello se utilizará el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción.
- el derecho del comerciante a retener el reembolso hasta la devolución efectiva de los bienes prueba de devolución de los mismos por parte del consumidor, salvo que él mismo se haya ofrecido a recogerlos. Esta última novedad viene a disminuir el actual nivel de protección de los consumidores, pero se introduce por mandato de la Directiva 2011/83/UE.

18.16.- Artículo 107

El artículo 107 del **anteproyecto**, regula las “obligaciones del consumidor en caso de desistimiento”, estableciendo lo siguiente:

“Artículo 107. Obligaciones del consumidor en caso de desistimiento.

1. *Salvo si el propio empresario se ofrece a recoger los bienes, el consumidor deberá devolverlos o entregarlos al empresario, o a una persona autorizada por el empresario a recibirlos, sin ninguna demora indebida y, en cualquier caso, a más tardar en el plazo de 14 días naturales a partir de la fecha en que comunique su decisión de desistimiento del contrato al empresario de conformidad con el artículo 105. Se considerará cumplido el plazo si el consumidor efectúa la devolución de los bienes antes de que haya concluido el plazo de 14 días naturales.*

El consumidor sólo soportará los costes directos de devolución de los bienes, salvo si el empresario ha aceptado asumirlos o no ha informado al consumidor de que le corresponde asumir esos costes.

En el caso de contratos celebrados fuera del establecimiento en los que los bienes se hayan entregado ya en el domicilio del consumidor en el momento de celebrarse el contrato, el empresario recogerá a su propio cargo los bienes cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo.

2. *El consumidor 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. El consumidor no será en ningún caso 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, letra i).*

3. Cuando un consumidor ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.8 o en el artículo 99.3, el consumidor abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que el consumidor haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar el consumidor al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio.

4. El consumidor no asumirá ningún coste por:

a) La prestación de los servicios o 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 de forma total o parcial.

La Directiva 2011/83/UE, dispone de un artículo 5 que regula los "requisitos de información de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento", con la redacción siguiente:

"1. Antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el comerciante le facilitará de forma clara y comprensible la siguiente información:

a) las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios;

b) la identidad del comerciante, como su nombre comercial;

c) la dirección geográfica del establecimiento del comerciante y el número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico del mismo, cuando proceda, con objeto de que el consumidor pueda ponerse en contacto y comunicarse con él de forma rápida y eficaz así como, cuando proceda, la dirección geográfica y la identidad del comerciante por cuya cuenta actúa;

d) si es diferente de la dirección facilitada de conformidad con la letra c), la dirección geográfica de la sede del comerciante y, cuando proceda, la del comerciante por cuya cuenta actúa, a la que el consumidor puede dirigir sus reclamaciones;

e) el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o de los servicios, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales y cualquier otro gasto o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales. En el caso de un contrato de duración indeterminada o de un contrato que incluya una suscripción, el precio incluirá el total de los costes por período de facturación. Cuando dichos contratos se cobren con arreglo a una tarifa fija, el precio total también significará el total de los costes mensuales. Cuando no sea posible calcular razonablemente de antemano el coste total, se indicará la forma en que se determina el precio;

f) el coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia para la celebración del contrato, en caso de que dicho coste se calcule sobre una base diferente de la tarifa básica;

g) los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, la fecha en que el comerciante se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación de los servicios, así como, cuando proceda, el sistema de tratamiento de las reclamaciones del comerciante;

h) cuando exista un derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercer ese derecho de conformidad con el artículo 11, apartado 1, así como el modelo de formulario de desistimiento reproducido en el anexo I, letra B;

i) cuando proceda, la indicación de que el consumidor tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes en caso de desistimiento y, para los contratos a distancia,

contrato, el comerciante recogerá a su propio cargo los bienes cuando, por la naturaleza de los mismos, no puedan devolverse por correo.

2. El consumidor solo será responsable de la disminución de valor de los bienes resultante de una manipulación de los mismos distinta a la necesaria para establecer la naturaleza, las características o el funcionamiento de los bienes. El consumidor no será en ningún caso responsable de la disminución de valor de los bienes si el comerciante no le ha informado de su derecho de desistimiento con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra h).

3. Cuando un consumidor ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7, apartado 3, o en el artículo 8, apartado 8, el consumidor abonará al comerciante un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que el consumidor haya informado al comerciante del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar el consumidor al comerciante se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio.

4. El consumidor no asumirá ningún coste por:

a) la prestación de los servicios o 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, de forma total o parcial, durante el período de desistimiento, cuando:

i) el comerciante no haya facilitado información con arreglo al artículo 6, apartado 1, letras h) o j), o bien

ii) el consumidor no haya solicitado expresamente que la prestación del servicio se inicie durante el plazo de desistimiento con arreglo al artículo 7, apartado 3, y al artículo 8, apartado 8, o bien

b) el suministro, en su totalidad o en parte, de contenido digital que no se preste en un soporte material, cuando:

i) el consumidor no haya dado expresamente su consentimiento previo a la ejecución antes de que finalice el período de 14 días contemplado en el artículo 9,

ii) el consumidor no es consciente de que renuncia a su derecho de desistimiento al dar su consentimiento, o bien

iii) el comerciante no haya dado la confirmación con arreglo al artículo 7, apartado 2, o al artículo 8, apartado 7.

5. Con excepción de lo dispuesto en el artículo 13, apartado 2, y en el presente artículo, el consumidor no incurrirá en ninguna responsabilidad como consecuencia del ejercicio del derecho de desistimiento."

Comentario: Este artículo del anteproyecto viene a transponer el artículo 14 de la Directiva que diferencia entre reglas a aplicar a:

-Los contratos de venta, que viene a regular en sus apartados 1 y 2 del artículo 14 que establecen la obligación del consumidor de devolver los bienes recibidos y relativas a: plazo en que el consumidor deberá proceder a la restitución, los costes que la devolución le supondrá y la responsabilidad por la disminución del valor de los mismos.

-En cuanto a los contratos de servicios y suministros, en los apartados 3º y 4º del mismo precepto se recogen una serie de directrices referidas a las consecuencias del ejercicio del derecho de desistimiento para este tipo de contratos.

Los gastos que supondrá para el consumidor el ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos de venta, están incluidos los gastos adicionales cuando el consumidor haya seleccionado expresamente una modalidad de entrega de los bienes más costosa, así como los costes directos de devolución de los bienes. En cuanto a los contratos de

servicios y suministros, en los casos en que haya solicitado expresamente al comerciante que la prestación de servicios o el suministro de agua, gas, electricidad cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas, dé comienzo durante el plazo de desistimiento, abonará al comerciante un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio hasta el momento en que el consumidor informe al comerciante del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato.

Todos los mandatos legales que implican una disminución del nivel de protección (tales como que el consumidor tenga que asumir los costes de devolución y la responsabilidad por deterioro del bien) derivan de la Directiva y se introducen en el ordenamiento jurídico español en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión.

En relación al apartado tercero podemos sugerir la siguiente redacción:

Quando un consumidor ejerza el derecho de desistimiento tras haber realizado una solicitud de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98.8 o en el artículo 99.3, el consumidor abonará al empresario un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que el consumidor haya informado al empresario del ejercicio del derecho de desistimiento, en relación con el objeto total del contrato. El importe proporcional que habrá de abonar el consumidor al empresario se calculará sobre la base del precio total acordado en el contrato o, en su caso, lo efectivamente consumido. Si el coste conlleva gastos fijos y gastos de consumo, se cobrará lo consumido y la parte proporcional del coste fijo. En caso de que el precio total sea excesivo, el importe proporcional se calculará sobre la base del valor de mercado de la parte ya prestada del servicio.

18.17.- Artículo 108

El artículo 108 del **anteproyecto** viene a regular las "Consecuencias del incumplimiento" de la forma siguiente:

"Artículo 108. Consecuencias del incumplimiento.

1. El contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor la información sobre el derecho de desistimiento, tal como se establece en el artículo 97.1, letra i), así como la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo, conforme a los artículos 98.6 y 7 y 99.2, podrá ser anulado a instancia del consumidor.

2. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior."

En la **Directiva 2011/83/UE** no existe ningún precepto que trate el tema.

Comentario: Se introduce este precepto, dentro del margen de apreciación de los Estados miembros, para establecer vías de recurso y sanciones adecuadas, para los casos de incumplimiento de la Directiva.

Parece adecuado, efectivo y proporcional que el consumidor pueda instar la anulación del contrato en los supuestos de falta de información de un derecho tan importante como el de desistimiento, así como no disponer de copia del contrato o la confirmación del mismo que se constituyen en requisitos relevantes del mismo.

18).- Artículo 109.

El Capítulo IV, versa sobre la "Ejecución del contrato a distancia", y en su artículo 109, el **anteproyecto** regula la "ejecución y pago" de la forma siguiente:

"Art. 109. Ejecución y pago.

Salvo que las partes hayan acordado otra cosa, el empresario deberá ejecutar el pedido sin ninguna demora indebida y a más tardar en el plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato."

En la **Directiva** 2011/83/UE no existe un precepto que trate el tema.

Comentario: Es un precepto adicionado por la transposición que fija la ejecución del contrato en el plazo máximo de 30 días naturales. No se explica el motivo de dicho plazo, ni por qué no se puede reducir a la mitad por ejemplo.

18.19.- Artículo 110.

El artículo 110 del **anteproyecto** regula los supuestos de "falta de ejecución del contrato" de la forma siguiente:

"Artículo 110. Falta de ejecución del contrato.

Sin perjuicio del plazo adicional de entrega previsto en el artículo 66 bis, en caso de no ejecución del contrato por parte del empresario por no encontrarse disponible el bien o servicio contratado, el consumidor y usuario deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar cuanto antes, y en cualquier caso en un plazo de 30 días naturales como máximo, las sumas que haya abonado.

En el supuesto de que el empresario no realice este abono en el plazo señalado, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio a su derecho de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad. "

En la **Directiva** no existe ningún precepto que regule el tema.

Comentario: dentro del margen de apreciación de los estados miembros para asegurar el cumplimiento de las prescripciones de la Directiva 2011/83/UE, se fija la posibilidad de reclamar el doble de lo adeudado y a ser indemnizado por daños y perjuicios en lo que exceda de dicha cantidad, si el empresario incumple el plazo de 30 días para proceder a la devolución de las sumas abonadas.

Ya se ha hecho mención de la confusión que existe en el anteproyecto entre la función preventiva y disuasoria de los daños punitivos y la función reparadora de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos que, sin embargo se entremezclan en el anteproyecto.

18.20.- Artículo 111.

El artículo 111 del **anteproyecto** viene a regular la "sustitución del bien o servicio contratado" de la forma siguiente:

"Artículo 111. Sustitución del bien o servicio contratado.

De no hallarse disponible el bien o servicio contratado, cuando el consumidor y usuario hubiera sido informado expresamente de tal posibilidad, el empresario podrá suministrar sin aumento de precio un bien o servicio de características similares que tenga la misma o superior calidad.

En este caso, el consumidor y usuario podrá ejercer sus derechos de desistimiento y resolución en los mismos términos que si se tratara del bien o servicio inicialmente requerido.”

En la **Directiva 2011/83/UE** no existe ningún artículo sobre este tema.

Comentario: Debe quedar claro que, siempre, existirá la facultad de aceptación o rechazo voluntaria y libre de gastos para el consumidor. En principio, con la regulación actual del desistimiento “ad nutum” no existiría ningún problema con la redacción del apartado 2º del precepto, pero teniendo en cuenta los nuevos efectos del desistimiento en cuanto asunción de gastos por parte del consumidor, y responsabilidad por deterioro del bien, ya no existe la eficacia “ex tunc” anteriormente existente con el ejercicio del derecho de desistimiento, o al menos resulta parcialmente modulada por la imposición de obligaciones al consumidor que, en el caso de sustitución del producto por voluntad del empresario no tiene el deber jurídico de soportar.

El mantenimiento del anterior artículo 105 del Real Decreto Legislativo 1/2007 en el artículo 111 debería haber sido completo y no una pérdida de derechos del consumidor, ya que en el segundo párrafo se ha eliminado el derecho del consumidor a no exigírsele los costes directos de devolución, por lo que solicitamos se mantenga la misma redacción ya dada.

“Artículo 111. Sustitución del bien o servicio contratado.

De no hallarse disponible el bien o servicio contratado, cuando el consumidor y usuario hubiera sido informado expresamente de tal posibilidad, el empresario podrá suministrar sin aumento de precio un bien o servicio de características similares que tenga la misma o superior calidad.

En este caso, el consumidor y usuario podrá ejercer sus derechos de desistimiento y resolución en los mismos términos que si se tratara del bien o servicio inicialmente requerido, sin que le sean exigibles los costes directos de devolución.”

18.21.- Artículo 112

El artículo 112 del **anteproyecto** viene a regular el “*pago mediante tarjeta*”, de la forma siguiente:

“Art. 112. Pago mediante tarjeta.

1. Cuando el importe de una compra hubiese sido cargado fraudulenta o indebidamente utilizando el número de una tarjeta de pago, el consumidor y usuario titular de ella podrá exigir la inmediata anulación del cargo. En tal caso, las correspondientes anotaciones de adeudo y reabono en las cuentas del empresario y del consumidor y usuario titular de la tarjeta se efectuarán a la mayor brevedad.

2. Sin embargo, si la compra hubiese sido efectivamente realizada por el consumidor y usuario titular de la tarjeta y la exigencia de devolución no fuera consecuencia de



haberse ejercido el derecho de desistimiento o de resolución, aquél quedará obligado frente al empresario al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de dicha anulación.”

En la **Directiva** 2011/83/UE no existe precepto que regule el tema.

Comentario: La introducción de este precepto, tiende a proteger al consumidor en los casos de utilización fraudulenta y uso indebido de su tarjeta y parece acertada.

18.22.- Artículo 113

El artículo 113, del **anteproyecto** regula la “responsabilidad solidaria en los contratos celebrados fuera del establecimiento” de la forma siguiente:

“Del cumplimiento de las obligaciones establecidas en este título responderán solidariamente el empresario por cuya cuenta se actúe y el mandatario, comisionista o agente que hayan actuado en nombre propio.”

En la **Directiva** 2011/83/UE no existe precepto que regule el tema.

Comentario: Este precepto se introduce, en virtud del margen de apreciación que tiene los Estados miembros, conforme al Considerando 16, que atribuye la competencia de éstos para legislar sobre materias de representación legal y las disposiciones sobre la persona que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste (tales como un agente o un fideicomisario).

Resulta lógico, la solidaridad frente a terceros del mandatario, comisionista o agente respecto del empresario, ya que difícilmente puede el consumidor conocer la relaciones jurídicas entre ambos. Por otra parte, siempre les quedará el derecho de repetición entre ellos para dilucidar las respectivas responsabilidades.

DECIMO NOVENA.- Artículo 125.-

El apartado 1º del artículo 125 del **anteproyecto** introduce el concepto de “garantía comercial”, con la redacción siguiente:

“1. La garantía comercial es todo compromiso asumido por un empresario o productor (el garante) frente al consumidor, además de sus obligaciones legales con respecto a la garantía de conformidad, de reembolsar el precio pagado, sustituir o reparar el bien de consumo o prestar un servicio relacionado con él, si no cumple las especificaciones o cualquier otro elemento no relacionado con la conformidad enunciados en el documento de garantía o en la publicidad correspondiente disponible en el momento o antes de la celebración del contrato.”

En la **Directiva** 2011/83/UE, se regula en su artículo 2-14 el concepto de “garantía comercial” de la forma siguiente:

14) “*garantía comercial*”: todo compromiso asumido por un comerciante o un productor (el “garante”) frente al consumidor, además de sus obligaciones legales con respecto a la garantía de conformidad, de reembolsar el precio pagado, sustituir o reparar el bien de consumo o prestar un servicio relacionado con él si no cumple las especificaciones o cualquier otro elemento no relacionado con la conformidad enunciados en el documento de garantía o en la publicidad correspondiente disponible en el momento o antes de la celebración del contrato;

Comentario: Se viene a transponer el concepto de "garantía comercial" de la Directiva literalmente a este artículo del anteproyecto.

VIGÉSIMA.- Disposición Transitoria Única

La Disposición transitoria única del **anteproyecto**, regula el régimen transitorio de la forma siguiente:

"Las disposiciones de esta ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores celebrados a partir de 13 junio de 2014."

La **Directiva** 2011/83/UE regula en su artículo 31, la cláusula derogatoria, con la redacción siguiente:

"La Directiva 85/577/CEE y la Directiva 97/7/CE, en la versión modificada por la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores [21], y las Directivas 2005/29/CE y 2007/64/CE, quedan derogadas a partir del 13 de junio de 2014.

Las referencias a las Directivas derogadas se entenderán hechas a la presente Directiva y se leerán con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo I."

Comentario: Se hace coincidir la aplicación de las disposiciones de la ley con la fecha de derogación de las actuales directivas de ventas a distancia y contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales.

Disposición Derogatoria Única, del **anteproyecto** contiene la "derogación normativa" el texto siguiente:

"Se deroga el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación".

Comentario: Se considera incompatible la regulación de este RD 1906/1999, con la regulación de la Directiva 2011/83/UE.

Disposición Final Primera, del **anteproyecto** regula el "Titulo competencial", con el tenor literal siguiente:

"Las disposiciones de esta ley se dictan al amparo de las competencias del Estado sobre legislación mercantil, legislación procesal y bases de las obligaciones contractuales, en virtud del artículo 149.1.6.ª y 8.ª de la Constitución, y de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, de acuerdo con el artículo 149.1.13.ª de la Constitución".

Comentario: El Estado actúa en base al ejercicio de competencias exclusivas en especial sobre la legislación mercantil procesal y las bases de las obligaciones contractuales. No obstante, las Comunidades Autónomas, en base a sus competencias en materia de consumo, pueden adoptar, dentro del marco de sus competencias, medidas que contemplen sanciones adecuadas, disuasorias y proporcionales para completar la regulación estatal y asegurar su cumplimiento.



ALEGACIONES PROCESALES

Dado que con la reforma propuesta se modifica el Real Decreto legislativo 1/2007, es una buena ocasión para plantear cambios en el régimen de control de las cláusulas abusivas y promover un debate sobre la necesidad de impulsar cambios procesales necesarios en la normativa que se detalla, que permitan una aplicación efectiva de la tutela de los consumidores ante las mismas.

La erradicación de las cláusulas abusivas de los contratos referidos al ahorro de las diferentes instituciones de toda índole que concurren en el mercado, y en particular en el financiero, es una tarea difícil, puesto que la detección de las mismas es una labor de control abstracto de la legalidad, que es muy diferente de la solución concreta del problema de un consumidor individual, puesto que el legislador comunitario en primer lugar, y posteriormente el legislador español, lo que han pretendido es que las cláusulas abusivas no aparecieran en la contratación a través de controles unilaterales de Notarios y Registradores, que no han cumplido su función adecuadamente (baste ver el caso de las cláusulas suelo), a pesar de la existencia del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, de libre acceso a todos los ciudadanos de forma gratuita a la que tienen acceso las Sentencias en donde se declara la nulidad de las mismas. Ahora bien, para que una Sentencia quede registrada es necesario que la misma adquiera firmeza, es decir, que devenga irrecurrible, lo cual se suele dilatar en el tiempo por más de cinco años, ya que supone el agotamiento de tres instancias.

Se solicita que se establezca el carácter preferente de las Resoluciones sobre declaración de cláusulas abusivas, para que el procedimiento de declaración de la legalidad o no de las cláusulas impugnadas, no se dilate tanto en el tiempo y no sea una vez más víctima de la vorágine que genera el inmenso atasco de la Justicia. Otra opción sería el establecimiento de un procedimiento abreviado de impugnación de cláusulas abusivas directamente ante el Tribunal Supremo o ante un Tribunal especializado con posibilidad de recurso ante este Alto Tribunal.

De forma colateral, cabría añadir que los criterios habituales de la Legislación y Jurisprudencia en materia de costas no deberían ser aplicados, debiendo gozar las Asociaciones de Consumidores en todo caso del beneficio de la Justicia gratuita, ya que defienden el interés común y las mismas si califican una cláusula como abusiva lo realizan, sobre la base de dictámenes jurídicos contratados, existiendo siempre el amparo de la buena fe sobre la base de la función social que realizan en el control abstracto de la legalidad de las condiciones generales de los contratos.

Las acciones de cesación tienen un doble objetivo, por un lado las acciones de cesación propiamente dichas, las cuáles únicamente deberían servir para la finalización inmediata de un comportamiento fraudulento y su repetición en el futuro. Pero además, y en relación con las condiciones generales de los contratos, se puede derivar serios perjuicios para los consumidores que requieran la interposición de acciones de resarcimiento por tales daños; esto solo cabrían en el caso de que se produzcan daños directos a los consumidores y usuarios, ya que la directiva no prevé la acción de reparación.

En las acciones colectivas en defensa de los derechos de consumidores y usuarios ha puesto en evidencia una serie de cuestiones procesales que, lejos de facilitar el ejercicio de los derechos de este colectivo ante los tribunales, dificultan su acceso a la justicia.

1.- Problemas de legitimación

La mayor problemática surge a la hora de distinguir lo que la normativa procesal denomina intereses colectivos de los consumidores de los intereses difusos, pues en uno y otro supuesto los que ostentan la legitimación activa no son los mismos. En el primer caso, cuando los intereses son colectivos por estar los perjudicados determinados o ser de fácil determinación los legitimados para interponer una acción colectiva son las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas como tales, las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la protección de los consumidores y usuarios y los grupos de consumidores afectados constituidos por la mayoría de sus miembros. Cuando los perjudicados por el hecho dañoso es una pluralidad indeterminada o bien es de difícil determinación, la legitimación para la defensa de sus intereses, que en este caso se denominarán difusos, la tienen únicamente aquellas Asociaciones de Consumidores y Usuarios que conforme a la ley sean representativas. Ahora bien, ¿cuál es el criterio para que se tenga esa cualidad de ser representativa? Lo cierto es que ni la Ley de Enjuiciamiento Civil ni otras leyes establecen criterios de representatividad de la Asociaciones de Consumidores y Usuarios y deberán ser los jueces y Tribunales los que decidan en cada caso, sin embargo un criterio que puede considerarse objetivo es el de que la Asociación demandante forme parte o no de los Consejos de Consumidores y Usuarios, nacional o autonómicos donde existan, pues a los mismos se le atribuye legalmente la condición de órganos de representación y consulta. Por último, en cuanto al tema de la legitimación no debe dejar de mencionarse la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 39/2002 de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de los intereses de los Consumidores y Usuarios, la cual amplía la legitimación en lo que respecta al ejercicio de acciones de cesación a las entidades habilitadas a tal fin por la normativa comunitaria, en concreto al Ministerio Fiscal y a las entidades a las que se refiere el artículo 6.1.8º.



2.- La comunicación a los afectados, un obstáculo para la defensa de sus derechos

Otro aspecto interesante y polémico es el referido al llamamiento al proceso colectivo de los perjudicados para que puedan personarse en el mismo. También en este caso se diferencia en el artículo 15, cuando se regula la publicidad del proceso, si los perjudicados están o no determinados y si son fácil o difícilmente determinables. La discusión no es baladí, pues en el caso de que se considere que los perjudicados por el hecho dañoso son fácilmente determinables existen unas diligencias preliminares, reguladas en los artículos 256 a 263 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sirven para que el solicitante de las mismas tenga acceso a los datos identificativos de los consumidores que obren en poder del futuro demandado con la finalidad de dirigirse por escrito a todos y cada uno de ellos previamente a interponer la demanda colectiva anunciándosela. Esto supone un obstáculo bastante importante para las Asociaciones de Consumidores pues es un sistema de llamamiento farragoso y costoso que en nada beneficia a los consumidores.

Lo esencial del problema es establecer en qué casos la determinación se supone que es "fácil", cuestión que puede ser objeto de debate. De todas formas estas diligencias preliminares no tienen carácter imperativo y nada indica que sirvan de mecanismo de control previo para resolver la existencia o no de legitimación activa, dicho de otra

forma, para demostrar si un grupo es o no fácilmente determinable no será necesario que obligatoriamente, siempre y en todo caso se acuda previamente a estas diligencias.

3.- Las "diligencias preparatorias"

Según la anterior jurisprudencia, una de las asociaciones perteneciente al CCU, antes de haber interpuesto la demanda colectiva debería haber acudido a las diligencias preliminares del art. 256.6 de la LEC. Pero, ¿en qué consisten estas diligencias preparatorias del juicio? Se trata de una petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados. En estos casos el Tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo con las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al futuro demandado para que colabore en dicha determinación. Teniendo en cuenta que ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que pudiere incurrir por desobediencia a la autoridad judicial.

Pero no hubiese bastado solo con haber cumplimentado estas diligencias preliminares, sino que previamente a la interposición de la demanda colectiva, la asociación de consumidores debiera haber comunicado a todos los interesados (que se supone que ya estarían todos y cada uno de ellos identificados con nombre, apellidos y dirección) la intención de presentar la demanda (artículo 15.2 de la LEC). Queda por determinar que tipo de comunicación sería suficiente como para considerar cumplimentado este llamamiento a los perjudicados, en vista de que la ley no lo aclara: ¿tendrían las asociaciones de consumidores y usuarios que remitir cientos o miles de notificaciones vía notarial o bien mediante el servicio burofax de Correos y luego esperar a que estuviesen todas cumplimentadas para interponer la demanda colectiva? En este sentido, cabe recordar que el beneficio de Justicia Gratuita del que gozan las asociaciones de consumidores no sirve a estos fines, salvo que en el futuro se modifique la ley de asistencia jurídica gratuita para incluir en ella la gratuidad de este tipo de comunicaciones.

Estaríamos hablando de que se hubiese tenido que esperar meses a que se tramitasen las diligencias preliminares y las miles de comunicaciones desde el cierre de las academias hasta haber podido interponer la demanda colectiva, y mientras tanto las entidades financieras implicadas acosando a los perjudicados con llamadas amenazantes y con sucesivas cartas requiriendo el pago e incluyéndolos finalmente en los llamados "registros de morosos". ¿Estos son los procedimientos "eficaces" del artículo 51 de la Constitución con los que poderes públicos garantizan la defensa de los consumidores? Esta restrictiva interpretación jurisprudencial de los artículos 11 y 15 de Ley de Enjuiciamiento Civil obligará siempre a acudir a las diligencias preliminares y convierte en la práctica, con ello, en "papel mojado" el contenido de los artículos 221, regla 1ª, párrafo 2º y 519 LEC que se refieren a la posibilidad de que los consumidores perjudicados por el hecho dañoso no presentes en el procedimiento judicial puedan ejecutar una sentencia favorable de condena sin determinación individual de los beneficiados. Todas estas dificultades prácticas de las acciones colectivas deben llevar a la reflexión de las autoridades de consumo en el sentido de propugnar cambios legislativos en la ley de enjuiciamiento civil que agilicen y simplifiquen el llamamiento al proceso de los consumidores perjudicados, eliminando la comunicación previa y

generalizando la publicación gratuita de la demanda colectiva en medios de comunicación para todos los supuestos. Los derechos de los consumidores que no acudan al proceso, en caso de sentencia favorable, siempre quedarán salvaguardados por la aplicación de los artículos 221 y 519 LEC que les permiten ejecutar siempre la condena beneficiosa aunque no hubiese sido dictada individualmente a su favor.

4.- Otras cuestiones pendientes con relación a las acciones de cesación

La ley de enjuiciamiento civil ofrece la posibilidad de imposición de multas coercitivas ante el incumplimiento del demandado. Desgraciadamente estas multas, de carácter diario, se ingresarán en las arcas del estado, en lugar de en un fondo especial para ayuda de las asociaciones de consumidores y usuarios como se pretendió, eliminando cualquier aliciente para su solicitud por los demandantes. Además hay que reseña que en la violación de medidas cautelares habrá que recurrir a los métodos judiciales de ejecución forzosa, con los consiguientes costes y retrasos producidos por la necesidad de abogados, procuradores y formalismos, que operan en sentido contrario a la finalidad que persiguen estas medidas, la directiva y las propias asociaciones de consumidores y usuarios al reclamar medidas efectivas y de cumplimiento inmediato dentro de la garantía de los derechos de los demandados. Por último, y en general, apuntar que la sentencia de un proceso colectivo es cosa juzgada, por lo que posteriormente no se podría iniciar un proceso con el mismo objeto de litigio, contra la misma entidad.



ALEGACIONES EN RELACIÓN CON LOS SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

La difusión de la existencia de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos es otro aspecto a mejorar. En España, sin estar exentos, en este caso también, de mejora, existen múltiples de sistemas extrajudiciales para la resolución de conflictos en materia de consumo que la mayoría de los consumidores desconocen, como por ejemplo, la Dirección General de Industria, el arbitraje de consumo y el de transportes, El Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguro y Fondo de Pensiones, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, etc. La falta de conocimiento por parte de los consumidores de estos sistemas, hacen que muchas reclamaciones se queden en el camino o ni siquiera lleguen a iniciarse.

Otra cuestión que cada vez más supone un problema para los consumidores son las reclamaciones relacionadas con el suministro eléctrico. No es asumible exigir a un consumidor que deba conocer qué servicios son competencia de la empresa comercializadora y cuáles de la distribuidora y ante cuál debe reclamar en cada caso.

Esta situación supone un grave perjuicio para los consumidores que debe solucionarse. Sin abandonar el sector eléctrico, no queremos olvidarnos de las múltiples y reiteradas incidencias que aún se siguen produciendo respecto de la facturación.

Finalmente, a modo de apunte y sin extendernos en hechos ya sobradamente conocidos, seguimos constatando la existencia de actuaciones contrarias a derecho tales como, la imposición de cláusulas abusivas, problemas en los aeropuertos ante cancelaciones o grandes retrasos, abusos a la hora de aplicar la garantía legal, concursos de acreedores que provocan graves perjuicios económicos a los consumidores, o la cuestión de las casillas premarcadas (opt in) en la contratación on line.

Todo esto son cuestiones que, a pesar de las reformas y mejoras legales, siguen ocurriendo casi como un problema endémico de las relaciones de consumo en algunos sectores sin que estas prácticas lleven aparejadas actuaciones por parte de la Administración.

Por ello, y quizás lo más importante, es necesaria, una actuación contundente por parte de la Administración frente a casos como los anteriormente citados. No parece de sentido común que en un Estado de Derecho, los poderes públicos, encargados de la defensa y el bienestar de sus ciudadanos, hagan caso omiso a las prácticas abusivas e ilegales que llevan a cabo algunas entidades y que ello no suponga ningún tipo de sanción.

Tampoco es asumible desde el punto de vista de la protección del consumidor que las resoluciones de muchos de los organismos extrajudiciales de resolución de conflictos antes aludidos organismos sean ignoradas por las entidades obligando con ello al consumidor a tener que acudir a los tribunales de justicia en defensa de sus derechos sin que, nuevamente, la Administración lleve a cabo alguna actuación en orden al cumplimiento de las citadas resoluciones.

En este sentido, la Directiva objeto de transposición, establece lo siguiente:

Artículo 23. Cumplimiento

1. Los Estados miembros garantizarán que existan medios adecuados y eficaces para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva.
2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones en virtud de las cuales uno o más de los organismos siguientes, de conformidad con la ley nacional, podrá llevar a cabo las actuaciones necesarias, ante los tribunales o ante los organismos administrativos, para que se apliquen las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva:
 - a) organismos públicos o sus representantes;
 - b) organizaciones de consumidores que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores;
 - c) organizaciones profesionales que tengan un interés legítimo para actuar.

Artículo 24. Sanciones

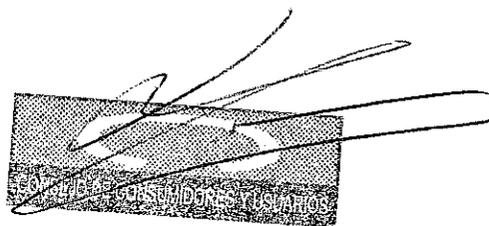
1. Los Estados miembros determinarán el régimen de sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en virtud de la presente Directiva y tomarán todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Las sanciones establecidas serán efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Por ello, para una efectiva transposición de la Directiva, tal y como se ha hecho con el resto del articulado del texto legal, pedimos al legislador que lleve a cabo las reformas que sean necesarias que permita y exija a los organismos competentes en materia de consumo o en la resolución de reclamaciones, una actuación contundente y disuasoria ante las prácticas ilegales y abusivas, que será lo que realmente suponga un cambio de actitud por parte de las empresas.

Sin perjuicio de las sugerencias hasta aquí expuestas, entendemos que este proyecto, sin vulnerar las limitaciones impuestas por la propia Directiva, puede ser mejorado sin desviarse del objetivo de la misma. En este sentido se han propuesto las anteriores alegaciones al articulado, para su consideración.

Madrid, 19 de septiembre de 2012

El Secretario del Consejo de Consumidores y Usuarios certifica que este informe complementario ha sido aprobado por dicho Órgano de representación y consulta en tramitación de urgencia.

A handwritten signature in black ink is written over a rectangular stamp. The stamp contains the text 'CONSEJO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS' in a bold, sans-serif font. The signature is written in a cursive style, crossing the stamp.

Luis Carreras Puerto
Secretario del Consejo de Consumidores y Usuarios





CONSEJO DE ESTADO

DE/93/12

Núm.: 527/2013

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno, en el expediente de referencia, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del R. D. 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 29 de julio de 2013
EL PRESIDENTE,



CONSEJO DE ESTADO
REGISTRO GENERAL

29 Jul. 2013

Número: 527/2013 Hora: 13:17

SALIDA

EXCMA. SRA. MINISTRA DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD.



MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS
SOCIALES E IGUALDAD
REGISTRO INTERNO
SECRETARIA GENERAL TECNICA
ENTRADA
N. de Registro: 2208
Fecha: 29/07/2013 13:35:25

17 OCT. 2013 17:49:22 Entrada: 83028



CONSEJO DE ESTADO

Nº: 527/2013

SEÑORES:

Romay Beccaría, Presidente
Lavilla Alsina
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Herrero y Rodríguez de Miñón
Ledesma Bartret
Aza Arias
Manzanares Samaniego
Fernández de la Vega Sanz
Alonso García
Rodríguez Zapatero
Blecua Perdiges
Oreja Aguirre
Peña Pinto
Torres-Dulce Lifante
García Sánchez
Carnicer Díez
Pendás García
Gómez Mendoza
Valcárcel Bernaldo de Quirós
Laborda Martín
Tocino Biscarolasaga
Silva Sánchez
Ortega y Díaz Ambrona
Michavila Núñez
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaría General

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 24 de julio de 2013, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

“El Consejo de Estado, en cumplimiento de una Orden de V. E. de 17 de mayo de 2013, con registro de entrada el día 20 siguiente, ha examinado el expediente relativo a un anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

De antecedentes resulta:

Primero. El anteproyecto de Ley

El anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de



CONSEJO DE ESTADO

noviembre (al que, en adelante, se hará referencia más abreviada como "el Anteproyecto") consta de exposición de motivos, un artículo único, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

La extensa exposición de motivos comienza recordando en el primero de sus apartados que el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, procedió a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que incidían en los aspectos regulados en ella, en cumplimiento de la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

A continuación indica que, con fecha 22 de noviembre de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea la 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. La citada Directiva 2011/83/UE procede así a derogar la normativa europea vigente sobre la protección de los consumidores en los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, estableciendo un nuevo marco legal en esta materia, al tiempo que modifica la normativa sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Según la exposición de motivos, la Directiva tiene por objetivo impulsar la protección de los consumidores y usuarios europeos y la consolidación del mercado interior, dirigido a reforzar la seguridad jurídica, tanto de los consumidores y usuarios como de los empresarios, eliminando disparidades existentes en la legislación europea de los contratos de consumo



CONSEJO DE ESTADO

que crean obstáculos significativos en el mercado interior. Con esta finalidad, la directiva amplía la armonización de los ordenamientos internos de los Estados bajo un enfoque de armonización plena, con excepciones puntuales, e introduce modificaciones sustanciales en la vigente normativa europea en materia de contratos con los consumidores y usuarios.

A la vista del contenido de la Directiva 2011/83/UE y su pretensión de armonización plena, la Ley modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias con una notable fidelidad al texto de la Directiva, introduciendo las mínimas reformas en la actual normativa.

En su segundo apartado, la exposición de motivos relaciona las modificaciones que se introducen en el texto refundido de 2007.

En concreto, la Ley incorpora una serie de definiciones armonizadas incluidas en la Directiva 2011/83/UE, como las de establecimiento mercantil, contrato a distancia o contrato celebrado fuera del establecimiento, y da una nueva redacción a las de consumidor y usuario y empresario.

La Ley incorpora el nuevo tratamiento reforzado del derecho a la información precontractual de los consumidores y usuarios que, en el caso de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento del empresario han sido objeto de plena armonización por parte de la directiva. Los requisitos de información exigibles con arreglo a esta Ley vienen a completar los requisitos de información que se establecen en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

La Ley regula de manera conjunta, en el libro II, los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento mercantil, siguiendo la técnica de la Directiva 2011/83/UE, e incorpora el nuevo régimen armonizado del derecho de desistimiento, así como el formulario normalizado al respecto que el consumidor y usuario podrá utilizar opcionalmente, al tiempo que se amplía el plazo para su ejercicio a catorce días naturales, que se aplicará de



CONSEJO DE ESTADO

conformidad con el Reglamento (CEE, Euratom) nº 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos.

La Ley establece también disposiciones que sobre la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores y usuarios, como son la entrega del bien comprado, los cargos por la utilización de medios de pago, la transferencia al consumidor y usuario del riesgo de pérdida o deterioro de los bienes, las comunicaciones telefónicas y los pagos adicionales. En particular, en el caso de los contratos telefónicos, si el empresario llama por teléfono al consumidor deberá confirmarle la oferta por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera, previéndose que el consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms.

Además de estos contenidos, según señala la exposición de motivos en su tercer apartado, por medio de la Ley se trata de dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito. En esta resolución, el Tribunal interpretó el artículo 83 del texto refundido de 2007 en relación con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, considerando que España no había adaptado correctamente su Derecho interno a dicho artículo, en la medida en que la norma interna española atribuía al juez nacional la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en los contratos, para integrar la parte afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y el principio de buena fe objetiva. El Tribunal consideró que dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores, en la medida en que dichos profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el



CONSEJO DE ESTADO

interés de los empresarios. En función de ello, se modifica la redacción del citado artículo 83 del texto refundido de 2007 para la correcta transposición del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

Asimismo, se modifican los artículos 19 y 20 del texto refundido, con objeto de adecuarlos al artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior. Y se modifica, mediante la disposición final primera de esta ley, el párrafo f) del artículo 5.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, para su adecuación al artículo 6 de la Directiva 2005/29/CE.

La incorporación a nuestro Derecho interno de la Directiva 2011/83/UE obliga a introducir cambios en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, así como a derogar el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuyas disposiciones resultan incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se transpone.

El artículo único del Anteproyecto tiene por objeto la modificación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Este artículo se divide en veintidós apartados, modificando o añadiendo los siguientes preceptos en sus primeros diecinueve apartados:

- Apartado Uno: artículo 3, "concepto general de consumidor y usuario".
- Apartado Dos: artículo 4, "concepto de empresario".



CONSEJO DE ESTADO

- Apartado Tres: artículo 19, "principio general y prácticas comerciales", en su apartado cuarto.
- Apartado Cuatro: artículo 20, "Información necesaria en la oferta comercial de bienes y servicios", en su segundo apartado.
- Apartado Cinco: artículo 21, "régimen de comprobación y servicios de atención al cliente", apartados segundo y tercero.
- Apartado Seis: artículo 59, "ámbito de aplicación", apartado segundo.
- Apartado Siete: artículo 59 bis, "definiciones".
- Apartado Ocho: artículo 60, "información previa al contrato"
- Apartado Nueve: artículo 60 bis, "pagos adicionales".
- Apartado Diez: artículo 60 ter, "cargos por la utilización de medios de pago".
- Apartado Once: artículo 66 bis, "entrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta".
- Apartado Doce: artículo 66 ter, "transmisión del riesgo".
- Apartado Trece: artículo 66 quáter, "prohibición de suministros no solicitados".
- Apartado Catorce: artículo 67, "normas de derecho internacional privado".
- Apartado Quince: artículo 71, "plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento".



CONSEJO DE ESTADO

- Apartado Dieciséis: artículo 76 bis, "efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios".

- Apartado Diecisiete: artículo 77, "desistimiento de un contrato vinculado a financiación al consumidor y usuario".

- Apartado Dieciocho: artículo 80, "requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente", apartado 1.b).

- Apartado Diecinueve: artículo 83, "nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato".

Por medio del apartado Veinte del artículo único del Anteproyecto se procede a dar nueva redacción, dentro del libro II, "Contratos y garantías", del texto refundido de 2007, a su título III, que pasa a rubricarse "Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil". Además, se suprime el título IV vigente, pasando el V, dedicado a "garantías y servicios posventa" a enumerarse como IV.

En concreto, en la redacción proyectada, el nuevo título III del libro II del texto refundido de 2007 queda dividido en cuatro capítulos, que comprenden los artículos 92 a 113.

El capítulo I, "disposiciones generales", abarca los artículos 92 ("ámbito de aplicación"), 93 ("excepciones"), 94 ("comunicaciones comerciales y contratación electrónica"), 95 ("servicios de intermediación en los contratos a distancia") y 96 ("comunicaciones comerciales a distancia").

En el capítulo II, "información precontractual y contratos", se integran los artículos 97 ("información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil"), 98 ("requisitos formales de los contratos a distancia"), 99 ("requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento"), 100 ("consecuencias del incumplimiento") y 101 ("necesidad de consentimiento expreso").



CONSEJO DE ESTADO

El capítulo III, "derecho de desistimiento", comprende los artículos 102 ("derecho de desistimiento"), 103 ("excepciones al derecho de desistimiento"), 104 ("plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento"), 105 ("omisión de información sobre el derecho de desistimiento"), 106 ("ejercicio y efectos del derecho de desistimiento"), 107 ("obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento") y 108 ("obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento").

Y su capítulo IV, "ejecución del contrato", abarca los artículos 109 ("ejecución del contrato a distancia"), 110 ("falta de ejecución del contrato a distancia"), 111 ("sustitución del bien o servicio contratado a distancia"), 112 ("pago del contrato a distancia mediante tarjeta") y 113 ("responsabilidad solidaria en los contratos celebrados fuera del establecimiento").

El apartado Veintiuno del artículo único procede a la modificación del artículo 125 del texto refundido, dedicado a la "garantía comercial adicional".

Y el apartado Veintidós y último de dicho artículo único procede, en línea con el anexo I de la Directiva 2011/83/UE, a la incorporación al texto refundido de un anexo relativo a la "información sobre el ejercicio del derecho de desistimiento", dividido en dos apartados: A, que contiene el modelo del documento de información al consumidor y usuario sobre el desistimiento; y B, relativo al modelo de formulario de desistimiento.

La disposición adicional única se dedica a la "responsabilidad por incumplimiento de las Administraciones públicas", previendo que "las Administraciones públicas competentes que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta ley o en el derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. En el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración afectada, pudiendo compensarse el importe que se determine con cargo a las transferencias financieras que la misma reciba".



CONSEJO DE ESTADO

La disposición transitoria única ("régimen transitorio") prevé que las disposiciones de la Ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014.

La disposición derogatoria única prevé la derogación expresa de los artículos 39 a 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Asimismo prevé la derogación de cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en ella.

La disposición final primera contiene la modificación del artículo 5.1.f) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

La disposición final segunda se dedica a la reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En concreto, se da una nueva redacción a los artículos 2 ("establecimientos comerciales"), 10 ("derecho de desistimiento"), 20 ("constancia de la reducción de precios"), 38 ("concepto" de ventas a distancia), 56 ("concepto" de pública subasta).

La disposición final tercera establece que la Ley incorpora al ordenamiento jurídico interno la 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.

Y la disposición final cuarta prevé que la Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Segundo. Contenido del expediente

Obran en el expediente, además de las sucesivas versiones del Anteproyecto, fechadas el 24 de julio y el 19 de noviembre de 2012 y el 4 de



CONSEJO DE ESTADO

abril y 7 de mayo de 2013, acompañadas de sus respectivas memorias y de la Orden de V. E., su versión definitiva, sometida al dictamen del Consejo de Estado, y que está fechada, al igual que su preceptiva memoria del análisis de impacto normativo, el día 13 de mayo de 2013.

Han emitido informe los Ministerios de Justicia, Economía y Competitividad, Hacienda y Administraciones Públicas e Industria, Energía y Turismo. La Secretaría General Técnica de este último departamento indica en su informe que la Secretaría de Estado de Energía, la Secretaría de Estado de Turismo y la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa no formularon observaciones al Anteproyecto, en tanto que sí se realizaron por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), en términos que se asumen por la Secretaría General Técnica.

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha emitido su preceptivo informe, con fecha 7 de mayo de 2013.

Han participado en la tramitación del expediente la Comisión Nacional de la Competencia, que ha emitido informe favorable al Anteproyecto, y la Agencia Española de Protección de Datos, que ha formulado varias observaciones, algunas de las cuales se han incorporado a la versión definitiva. Asimismo se ha recabado el parecer de la Sección Primera de Derecho Civil, de la Comisión General de Codificación, que ha efectuado numerosas sugerencias para mejorar la intelección del texto y su acomodación a las categorías jurídicas propias de nuestro Derecho interno.

Se ha incorporado el informe emitido por el Consejo de Consumidores y Usuarios, de conformidad con lo previsto en el artículo 39 del texto refundido de 2007, comprensivo tanto de aspectos materiales, como de orden procesal. El Consejo ha mostrado su parecer favorable a gran parte del contenido del Anteproyecto, aunque ha sido crítico con los aspectos derivados de la Directiva 2011/83/UE que estima reductores del grado de protección de los derechos de los consumidores alcanzado hasta la fecha.



CONSEJO DE ESTADO

Se ha remitido el expediente a entidades representativas de los sectores afectados, como CEOE, CEPYME, Confederación Española de gremios y asociaciones de libreros, ADV, ADIGITAL, UNESA, SEDIGAS, AGA, REDTEL, ASTEL, CEAV, ACAV y Autocontrol.

Han formulado alegaciones Autocontrol, REDTEL, ADIGITAL, UNESA, EDP/HC Energía, CEAV, ACAV, Canal de Isabel II y ASTEL.

Se ha remitido asimismo el Anteproyecto a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades de Ceuta y Melilla. Han emitido informe favorable las Comunidades Autónomas de La Rioja, Illes Balears y la Región de Murcia, en tanto que han formulado observaciones las Comunidades Autónomas de Cataluña, Madrid, Comunidad Valenciana y Andalucía.

Además de los anteriores documentos, durante la tramitación del expediente se han ido elaborando por el Instituto Nacional del Consumo documentos de contestación a las observaciones efectuadas a las sucesivas versiones del Anteproyecto, en los que se han ido exponiendo las razones por las que se han aceptado o se han rechazado, en cada caso, las alegaciones efectuadas por los intervinientes en el procedimiento de elaboración de la norma proyectada.

La memoria del análisis de impacto normativo, fechada como se ha indicado el día 13 de mayo de 2013, consta de cuatro apartados.

El primero de ellos recoge un cuadro en el que se reflejan de manera resumida los contenidos de los otros tres, que tienen por objeto analizar, respectivamente, la oportunidad de la propuesta, su contenido y los impactos de diversa índole que su aprobación puede producir. En particular, el apartado II ("oportunidad de la propuesta") examina la motivación del Anteproyecto, los objetivos que con él se pretenden alcanzar y las alternativas a la concreta opción seguida. Señala la memoria que el Anteproyecto tiene por objeto incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2011/83/UE, que supone un impulso a la protección de los consumidores y usuarios europeos y a la consolidación del mercado interior y pretende reforzar la seguridad jurídica tanto de los consumidores como de los empresarios, eliminando las



CONSEJO DE ESTADO

disparidades existentes en la materia en la legislación de los Estados miembros, que obstaculizan significativamente el mercado interior. A tal efecto, la Directiva establece un marco normativo basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regulan determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores, armonizando las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros de forma plena, salvo en determinadas cuestiones excepcionales, y modificando sustancialmente la vigente normativa europea en la materia. La incorporación de tales modificaciones al ordenamiento interno justifica suficientemente la elaboración de la norma proyectada. Los colectivos afectados por ella son, por un lado, los consumidores y usuarios y, por otro, los empresarios que contratan con ellos. El principal objetivo de la regulación en proyecto consiste en elevar el nivel de protección de los consumidores y usuarios, reforzando la seguridad jurídica y favoreciendo la eliminación de las divergencias existentes en la legislación europea de los contratos celebrados entre empresas y consumidores. Por lo que se refiere a las posibles alternativas a la opción seguida, la memoria pone de relieve que la Directiva que debe transponerse deroga y modifica otras anteriores cuya transposición al ordenamiento interno se llevó a cabo a través del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; ello determina que resulte obligado incorporar la nueva Directiva a través de la modificación de este texto refundido, lo que únicamente puede hacerse mediante ley.

El apartado III, por su parte, consta de tres subapartados, el primero de los cuales resume la estructura y contenido del Anteproyecto. Tras destacar que el ámbito objetivo de la norma se centra en los contratos celebrados entre un consumidor y un empresario, con especial incidencia en los contratos a distancia y en los celebrados fuera del establecimiento del empresario, menciona algunas de las principales modificaciones que se introducen en nuestro ordenamiento, muchas de las cuales tienen como fin reforzar la información al consumidor. En particular, se amplían los requisitos de información precontractual exigibles en los contratos con consumidores y usuarios (artículo 60) y se incorpora una nueva definición de contrato a distancia (artículo 92) en la que quedan comprendidos los contratos que se celebren entre el empresario y el consumidor en el marco de un sistema



CONSEJO DE ESTADO

organizado de venta o prestación de servicios a distancia, exclusivamente mediante el uso de uno o varios medios de telecomunicación (entre otros, el correo postal, la conexión a través de Internet, el teléfono o el fax); igualmente se incluyen las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios, cuando la negociación y celebración subsiguientes del contrato tienen lugar a distancia. La nueva definición de contrato celebrado fuera del establecimiento (artículo 92) abarca los supuestos en que se establece contacto con el consumidor fuera del establecimiento, tanto si el contrato se celebra posteriormente en dicho establecimiento como si se hace a través de un medio de comunicación a distancia. El Anteproyecto incorpora también un nuevo concepto de establecimiento mercantil (artículo 59 bis) y regula de manera más precisa el derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento, introduciendo como novedad un formulario normalizado que el consumidor podrá utilizar para ejercer su derecho (artículo 105) y ampliando el plazo de ejercicio a 14 días naturales (artículos 71 y 101). Asimismo se incluyen varias disposiciones generales relativas a la ejecución y otros aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores, entre las que destacan las que regulan la entrega de los bienes adquiridos (artículo 66 bis), la transferencia al consumidor del riesgo de pérdida o deterioro de los bienes adquiridos (artículo 66 ter), la limitación de la tarifa que puede cobrar el empresario que opere una línea telefónica a efectos de que el consumidor pueda comunicarse con él en relación con el contrato celebrado (artículo 21.Dos) los pagos adicionales a la remuneración acordada por el contrato principal (artículo 60 bis). Junto al anterior, la memoria recuerda que el anteproyecto de Ley da cumplimiento a la sentencia de 14 junio 2012, recaída en el asunto C-618 Banco Español de Crédito, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró que España no había adaptado correctamente su ordenamiento interno al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE. A tal fin se modifica la redacción del artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Tras extraer el contenido de la norma, el apartado III.2 lleva a cabo un análisis jurídico del mismo, reiterando que la Directiva objeto de transposición pretende contribuir al buen funcionamiento del mercado interior



CONSEJO DE ESTADO

mediante la aproximación de determinados aspectos de la normativa de los Estados miembros sobre los contratos celebrados entre consumidores y empresarios, prohibiéndoles modificar o introducir en su legislación nacional disposiciones contrarias a las fijadas en ella y, en particular, aquellas que por ser más o menos estrictas ofrezcan un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que la propia Directiva prevea lo contrario. Recuerda que el plazo de transposición de la norma europea expira el 13 de diciembre de 2013 (artículo 28) e incorpora un cuadro en el que se recoge la correspondencia de los artículos de la Directiva con los del anteproyecto de Ley. Este se dicta al amparo de las competencias que con carácter exclusivo reconoce al Estado el artículo 149.1 de la Constitución en sus apartados 6, 8 y 13. La memoria expone a continuación las razones por las que considera que el Anteproyecto es coherente con el resto del ordenamiento jurídico e identifica, en fin, las normas que, tras su entrada en vigor, quedan derogadas.

En el tercer subapartado de su apartado III, la memoria describe la tramitación que ha recibido el Anteproyecto.

Finalmente, el apartado IV recoge el "análisis de impactos". Desde el punto de vista constitucional, el Anteproyecto se adecua al orden de distribución de competencias. Por lo que se refiere al impacto económico general, se considera que será positivo, ya que el Anteproyecto supondrá a medio plazo un aumento de la productividad de las empresas y de la competitividad en general, al contribuir a establecer un marco legal común y armonizado con el del resto de la Unión Europea, reforzando además la confianza de los consumidores, que se beneficiarán de una mejor información y que podrán contar con un período de reflexión más amplio antes de contratar. Adicionalmente, al desaparecer la fragmentación normativa existente y el desequilibrio en el nivel de protección de los consumidores y usuarios, se favorecerá la venta de bienes y la prestación de servicios transfronterizos, mejorando con ello la competitividad entre las empresas, lo que permitirá unos mejores precios en el mercado. En línea con ello, se espera también que la nueva Ley tenga efectos positivos sobre la competencia. Por lo que se refiere a las cargas administrativas, la memoria destaca que la norma en proyecto contribuye a la simplificación del régimen de comercialización transfronteriza de bienes y servicios e implica una disminución de cargas administrativas para las



CONSEJO DE ESTADO

empresas, sin que se prevea que su aplicación puede generar costos administrativos destacables. Desde una perspectiva estrictamente presupuestaria, el Anteproyecto no implica incremento de gastos ni disminución de ingresos para la Hacienda Pública estatal. Y carece también, en fin, de impacto por razón de género.

En tal estado, el expediente ha sido remitido al Consejo de Estado para la emisión de dictamen.

Ya en el Consejo de Estado el expediente, se ha solicitado audiencia por Cableuropa, SAU, ADIGITAL, ASTEL, ASNEF, Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED), Political Intelligence y Gas Natural SDG, S. A. Concedido plazo para formular alegaciones, se presentaron por ASTEL, ADIGITAL y Gas Natural SDG, S. A.

CONSIDERACIONES

I. Objeto y competencia

La consulta versa sobre el anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

El Anteproyecto tiene por objeto, entre otros extremos, llevar a cabo la transposición al Derecho interno de la 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.

Por consiguiente, la consulta al Pleno del Consejo de Estado resulta preceptiva de conformidad con lo establecido en el artículo 21.3 de la Ley Orgánica 3/980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que prevé que el Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en relación con los



CONSEJO DE ESTADO

"Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo".

II. Tramitación del expediente

El expediente se ha tramitado de manera correcta, habiéndose observado las prescripciones del artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Así, el procedimiento de elaboración se ha iniciado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que es el ministerio competente por razón de la materia, acompañándose las sucesivas versiones del Anteproyecto y sus correspondientes memorias. Según se ha indicado en el segundo de los antecedentes del presente dictamen, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha ido conformando, a través del Instituto Nacional del Consumo, unos documentos de contestación a las observaciones formuladas a lo largo de la tramitación del Anteproyecto, que contienen una exposición sistemática del resultado de la audiencia concedida, tanto a entidades públicas como a entidades privadas, y de los motivos por los que se han aceptado o rechazado las observaciones en cada caso efectuadas.

Se han solicitado además los informes preceptivos previstos en el ordenamiento (Consejo de Consumidores y Usuarios) y se ha producido la intervención de organismos públicos (Comisión Nacional de la Competencia y Agencia Española de Protección de Datos) con competencia en materias relacionadas con la norma que se transpone.

Asimismo, se ha verificado un amplio trámite de audiencia a los sectores afectados y se ha recabado el parecer de las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla.

En definitiva, la tramitación se considera correcta. Debe observarse únicamente que la memoria del análisis de impacto normativo, al hacer referencia a las normas que quedan derogadas por el Anteproyecto -apartado III.2.f)-, expone que se deroga el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de



CONSEJO DE ESTADO

abril, de condiciones generales de la contratación. En relación con esta norma, indica que, "al margen del ámbito de aplicación concreto del citado Real Decreto, el problema de esa norma radica en su legalidad, como ha puesto de manifiesto la doctrina", resultando "patente que el legislador se extralimitó en su cometido", pues la norma reglamentaria atendió "a cuestiones para las que no estaba habilitada". Entiende el Consejo de Estado, que emitió sobre el proyecto de Real Decreto que luego fue aprobado como Real Decreto 1906/1999 el dictamen nº 1.841/99, que expresiones como las transcritas, además de no compadecerse con el criterio expresado en el citado dictamen, no son acertadas, debiendo recordarse que el ordenamiento contempla mecanismos para proceder a la expulsión del ordenamiento de los reglamentos ilegales (a. e., artículo 102.2, en conexión con el artículo 62.2, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Se considera más acertada, en este sentido, la indicación del final del tercer apartado de la exposición de motivos, en el que se indica que es preciso proceder a la derogación del Real Decreto 1906/1999 porque su contenido es incompatible con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se transpone.

III. Rango normativo

La transposición del Derecho de la Unión Europea al Derecho interno de los Estados miembros, como ha señalado en reiteradas ocasiones el Consejo de Estado, debe encauzarse por el tipo de norma más adecuado según el contenido de la norma europea. En función del alcance de sus mandatos, la transposición habrá de verificarse a través del instrumento normativo interno, con arreglo a las normas constitucionales propias.

De este modo, y por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, la incorporación al Derecho interno de las normas europeas habrá de efectuarse por norma con rango de ley o por medio de norma reglamentaria en función de si las materias reguladas por el Derecho de la Unión están o no sometidas al principio de reserva de ley, como límite característico de la actuación normativa del Gobierno. Incluso, no puede descartarse que, en ocasiones, la transposición al Derecho interno de un mismo acto normativo comunitario pueda tener que efectuarse a través de varios instrumentos



CONSEJO DE ESTADO

normativos -supuesto que quizá, en los últimos tiempos, y como ya señalara el Consejo de Estado en su dictamen nº 99/2009, tendría su máxima expresión en la Directiva 2006/123 o Directiva de servicios-

En el presente caso, la Directiva 2011/83/UE tiene por objeto ampliar, con arreglo a un enfoque general de armonización máxima, los derechos de los consumidores y usuarios, materia sometida a reserva de ley en nuestro Derecho.

Por ello, la elección de una norma legal para efectuar la transposición a nuestro Derecho de la Directiva 2011/83/UE se estima adecuada.

IV. El marco normativo del derecho de los consumidores y usuarios

El vigente texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, supone la norma principal en esta materia en Derecho interno.

Su vocación general, inherente a las sucesivas leyes de defensa de consumidores y usuarios, se vio seguramente reforzada por el empleo del instrumento del Real Decreto Legislativo, conforme a la autorización contenida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, dirigida a que el Gobierno refundiera "en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos".

El cumplimiento de ese mandato se condensó en la refundición de la Ley 26/1984; la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la regulación dictada en materia de protección a los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002, de 19



CONSEJO DE ESTADO

de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; y la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados.

Quedaron fuera de la operación normativa descrita numerosas disposiciones, por entender que instrumentaban regímenes jurídicos muy diversos en ámbitos sectoriales específicos alejados del núcleo básico de la protección de los consumidores y usuarios.

Tal era el caso de las leyes que regulan los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, las normas sobre radiodifusión televisiva y la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Tampoco fueron objeto de refundición la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre los derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y el establecimiento de normas tributarias específicas, o la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Como señalara el Consejo de Estado en su dictamen nº 1.008/2006, sobre un proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, "es cierto que la habilitación [entonces contenida en la disposición final cuarta de la Ley 23/2003, de 10 de julio] no autoriza a elaborar lo que sería una especie de Código de Consumo, pero tampoco han resultado fácilmente justificadas en el expediente las exclusiones en bloque que se han hecho de leyes que tienen carácter de generales y que según sus propias exposiciones de motivos podría entenderse, como sugiere el expediente, que inciden sobre aspectos regulados por la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios".

A lo que añadía que "el problema radica en la generalidad que tiene la redacción de la cláusula habilitante de la refundición (...) y en la evolución que el Derecho de consumo y la propia sociedad española han tenido



CONSEJO DE ESTADO

en esta materia desde el año 2003, contexto social y económico en el que sucesivos acaecimientos tanto súbitos (crisis de empresas que tienen como base de su actividad la contratación masiva) como graduales (precios de bienes y servicios básicos, como la vivienda, o la movilidad [aparcamientos] o las telecomunicaciones) han puesto de relieve la necesidad urgente, quizá más allá de la pretensión del legislador de 2003 al redactar el mandato/habilitación de refundición, de modernizar (en cierto modo, de "europeizar") nuestro Derecho de consumo, fortaleciendo su entramado jurídico e institucional".

En el dictamen nº 1.736/2007, sobre un nuevo proyecto de Real Decreto Legislativo en la materia, se recordaron las dificultades de la anterior iniciativa ("por una parte, la dificultad de elaborar una norma de refundición sobre una materia que iba a ser previsiblemente modificada en breve por las Cortes Generales, ante las cuales se tramitaba en aquel momento un proyecto de ley sobre mejora del régimen de consumidores y usuarios; por otra, se ponían de manifiesto las dificultades que suponía precisar el objeto concreto de la refundición así como la correcta elección del grupo de normas a incluir en esa refundición"), dificultades que se habían superado en la nueva habilitación, que permitía "interpretar que no se trata de hacer un código omnicompreensivo de toda la materia de protección de consumidores y usuarios".

Sin duda, una pretensión de ese género entraña notables complejidades derivadas no solo de la amplitud de la materia, sino también del constante impulso normativo del Derecho de la Unión Europea en este ámbito, uno de cuyos últimos exponentes es la 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.

V. La transposición de la Directiva 2011/83/UE

La Directiva 2011/83/UE tiene como punto de partida la valoración de los resultados logrados en la protección de diversos derechos contractuales a los consumidores por parte de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de



CONSEJO DE ESTADO

diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

La valoración favorable por las Instituciones comunitarias de los logros conseguidos no era obstáculo para que se apreciara la necesidad de simplificar y actualizar las normas aplicables y eliminar las incoherencias y lagunas no deseadas. Para ello era preciso sustituir las dos Directivas citadas por un nuevo régimen sobre derechos de los consumidores que es el contenido en la Directiva 2011/83/UE, que es objeto de transposición por el Anteproyecto sometido a consulta. Dicha Directiva tiene por finalidad fijar normas estándar para los aspectos comunes de los contratos a distancia y fuera del establecimiento con un enfoque de armonización máxima de determinados aspectos, sin perjuicio de que, al tiempo, se permita a los Estados miembros mantener o adoptar normas nacionales en relación con determinados aspectos.

En particular, entre otros contenidos relevantes, tras delimitar su objeto y su ámbito de aplicación (artículos 1 y 3) y enunciar varias definiciones (artículo 2), la Directiva explicita, bajo la rúbrica "nivel de armonización", que "los Estados miembros no mantendrán o introducirán en su legislación disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva" (artículo 4). La Directiva, tras enunciar este objetivo de armonización plena (también recogido en el Considerando 7), procede al establecimiento de una serie de normas protectoras de los derechos de consumidores y usuarios, referidas a los requisitos de información de los contratos distintos de los contratos a distancia o los celebrados fuera del establecimiento (artículo 5), los requisitos de información de los contratos a distancia y los contratos fuera del establecimiento (artículo 6), los requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento y a distancia (artículos 7 y 8) y el derecho de desistimiento (artículos 9 a 16). Y también regula otros derechos de los consumidores en materia de entrega de bienes (artículo 18), tasas por la utilización de medios de pago (artículo 19), transmisión del riesgo (artículo 20), comunicaciones telefónicas (artículo 21) y pagos adicionales. Completan su



CONSEJO DE ESTADO

articulado otras disposiciones relativas, entre otras cuestiones, al régimen sancionador en la materia o la prohibición de suministros no solicitados (artículos 24 y 27, respectivamente).

VI. Consideraciones

La incorporación de los mandatos de la Directiva 2011/83/UE debe analizarse, por consiguiente, desde esa perspectiva de armonización plena del régimen de los derechos de consumidores y usuarios que regula, pues esa especial característica de esta norma europea supone, a todas luces, una limitación del margen de maniobra de los Estados miembros a la hora de efectuar la transposición de sus contenidos.

La falta de apreciación de estos límites ha motivado que numerosas alegaciones efectuadas durante la tramitación del expediente no puedan ser acogidas y que, incluso, su valoración sea en cierto modo estéril, al impedir la Directiva 2011/83/UE que los Estados miembros, salvo allí donde lo indica, puedan adoptar normas distintas a las contenidas en ellas, en tanto alcancen el resultado perseguido por la Directiva. Ejemplo de este extremo es el artículo 4 de la Directiva ("Nivel de armonización") que expresamente establece que "los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva".

La anterior apreciación no es óbice para que el Consejo de Estado advierta que la operación de transposición de normas europeas, aunque se trate de disposiciones de armonización plena como la Directiva 2011/83/UE, no puede ser en ningún caso una mera operación mecánica de incorporación de sus mandatos a nuestro Derecho interno. El legislador nacional ha de procurar siempre que las normas europeas se acomoden, al menos, a las instituciones y categorías jurídicas propias, salvo que esa posibilidad sea excluida por el propio sentido y finalidad de la correspondiente norma europea.



CONSEJO DE ESTADO

En este sentido, la transposición del artículo 27 de la Directiva en el nuevo artículo 66 quáter o del artículo 15 en el artículo 76 bis son ejemplos de esos defectos de falta de acomodación, como se expondrá a continuación. Baste ahora con dejar indicada esta cuestión, siendo obligado recordar que el legislador nacional ha de procurar esa adaptación al Derecho nacional siempre que sea posible.

Examinada la anterior cuestión, procede ahora efectuar observaciones sobre (A) el tratamiento en el Anteproyecto del ámbito de aplicación de la Directiva y su relación con las normas sectoriales; (B) el régimen de atención telefónica a los consumidores y usuarios; (C) las definiciones; (D) la información previa al contrato; (E) la prohibición de suministros no solicitados; (F) los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios; (G) el régimen de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil; (H) los requisitos formales de los contratos a distancia; e (I) la garantía comercial adicional.

Tras estas observaciones, referidas a la transposición de la Directiva 2011/83/UE, se examinarán las cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la STJUE de 14 de junio de 2012 (J) y la reforma de los artículos 19 y 20 del texto refundido de 2007 (K).

A. El tratamiento en el Anteproyecto del ámbito de aplicación de la Directiva y su relación con las normas sectoriales: La Directiva 2011/83/UE, presidida por la idea de la armonización plena (mencionado Considerando 7), contiene varias previsiones relativas a su ámbito de aplicación y a su relación con otros instrumentos que, de manera sectorial, contienen normas de protección de los consumidores y usuarios.

Por lo que se refiere al primer aspecto, su artículo 1 ("objeto") prevé que *"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 mediante la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre contratos celebrados entre consumidores y comerciantes"*,



CONSEJO DE ESTADO

precisando el artículo 3 ("ámbito de aplicación"), en su primer apartado, lo siguiente:

"La presente Directiva se aplicará, en las condiciones y en la medida fijadas en sus disposiciones, a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor. Se aplicará igualmente a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistemas urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual".

Esta regla, en lo que interesa destacar ahora, se completa con el listado de contratos excluidos del artículo 3.3 (entre otros, los relativos a servicios sociales, asistencia sanitaria, juego, servicios financieros, adquisición de bienes inmuebles, viajes combinados o aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico). En cualquier caso, este ámbito de aplicación es relevante a los efectos del contenido de la Directiva, consistente en el conjunto de normas de armonización plena de los derechos de los consumidores y usuarios en la Unión Europea.

De lo anterior puede deducirse que la Directiva persigue la aplicación del régimen armonizado de derechos a todos los contratos celebrados entre empresarios y consumidores y usuarios, con independencia de su modalidad de celebración, es decir, ya sean contratos a distancia, celebrados fuera del establecimiento mercantil o distintos de los dos anteriores, aunque establezca regímenes no enteramente coincidentes (como puede apreciarse en los artículos 5 y 6 de la Directiva). De lo anterior se deriva, en fin, que la Directiva establece un régimen general para contratos con consumidores en su artículo 5 (y en otros como los artículos 18, 20 o 22) y reglas especiales en sus artículos 6 y siguientes para los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento. Esta diferencia se ha respetado en el Anteproyecto; así, dentro del libro II del texto refundido de 2007, dedicado a "Contratos y garantías", su título I trata de los "Contratos con los consumidores y usuarios" y su capítulo I contiene una serie de "Disposiciones generales". Tras el artículo 59 ("Ámbito de aplicación"), con el que se inicia esta regulación, el contenido del artículo 5 de la Directiva se incorpora al artículo 60 ("Información previa al contrato"), opción acertada, a juicio del Consejo de Estado.



CONSEJO DE ESTADO

En esta misma línea, el régimen de los contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento se contiene, dentro del libro II, título I, en el capítulo III (artículos 92 y siguientes), habiéndose incorporado el régimen del artículo 6 de la Directiva al artículo 97 del texto refundido, en la versión proyectada. Esta ubicación también se estima adecuada.

Genera, sin embargo, algunas dudas la decisión de efectuar la transposición en el artículo 93 del texto refundido de la relación de contratos excluidos por la Directiva (artículo 3.3) de su ámbito de aplicación. Dicha exclusión no guarda relación con la forma de celebración del contrato; antes bien, se justifica por la Directiva en algunos de sus considerandos (29 a 32) en la consideración de que esos contratos (por ejemplo, cita los de servicios sociales, asistencia sanitaria, juego por dinero, servicios financieros o viajes combinados y de aprovechamiento por turnos) presentan especialidades suficientes para que no se sujeten a las disposiciones de la propia Directiva.

Esta exclusión de ciertos contratos que lleva a cabo la Directiva no se ha seguido por el Anteproyecto, a pesar de las alegaciones en tal sentido efectuadas por el Ministerio de Economía y Competitividad o por CEAV y ACAV.

En este punto, el Anteproyecto, al decir de la memoria, ha empleado la facultad que a los Estados miembros concede el considerando 13 de la Directiva, conforme al cual:

"La aplicación de las disposiciones de esta Directiva a aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo competencia de los Estados miembros, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un Estado miembro podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma respecto de contratos que queden fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva".

Se permite, por consiguiente, que un Estado miembro decida extender el régimen de la Directiva, en todo o en parte, a contratos excluidos de su aplicación (los contemplados en el artículo 3.3).

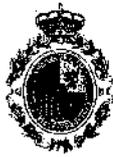


CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado llama la atención sobre el efecto que el concreto ejercicio de esa facultad puede generar en el presente caso. Como se ha señalado, la Directiva establece reglas de carácter general para la protección de los derechos de los consumidores en los contratos que celebran (artículo 5, incorporado al artículo 60 del texto refundido) y reglas específicas de protección (artículo 6) en los contratos celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil. La inclusión de los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva (artículo 3.3) en el proyectado artículo 93 del texto refundido (que comienza estableciendo que "la regulación establecida en este título no se aplicará...") generará el efecto de excluirlos de la aplicación de las reglas contenidas en el título III del libro II (artículos 92 y siguientes), es decir, de las específicamente dedicadas en el texto refundido a los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento, pudiendo deducirse que se regirán por las establecidas con carácter general en el artículo 60 del texto refundido, que transpone el artículo 5 de la Directiva.

A la vista de estas consideraciones, procede reconsiderar la ubicación de este listado de contratos excluidos pues si, en virtud de la facultad concedida a los Estados miembros por el Considerando 13 de la Directiva, lo que se pretende es que se sometan a algunas de las disposiciones que aquella establece y ahora se transponen, son más adecuadas las generales de su artículo 5, incorporadas al proyectado artículo 60.

Piénsese, además, en que la Directiva combina ciertas categorías de contratos caracterizadas por su forma de celebración (a distancia, celebrados fuera del establecimiento mercantil y los distintos de los anteriores), con contratos celebrados en ciertos sectores o con un determinado objeto, que por contar con un régimen jurídico propio quedan excluidos de su ámbito de aplicación. También desde esta perspectiva parece más adecuada la ubicación sistemática de ese listado de contratos dentro del título I del libro II del texto refundido, que se dedica a los "contratos y garantías en general", que en el título III del libro II, en el que se regulan los contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento, por cuanto lo que califica a aquellos contratos no es su modo de celebración, sino con carácter general el sector en que se celebran o su objeto.



CONSEJO DE ESTADO

Estas reflexiones guardan relación con las reglas que la Directiva, y por extensión el Anteproyecto, contiene sobre su relación con otros actos de Derecho europeo. Este extremo ha sido objeto de numerosas observaciones durante la tramitación del expediente, por entender que no está claramente incorporado el sentido de la Directiva.

El punto de partida lo ha de constituir el artículo 1 de la Directiva, según el cual *"la presente Directiva se aplicará, en las condiciones y en la medida fijadas en sus disposiciones, a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor"*. Por su parte, el artículo 3.2 de la Directiva dispone que *"si las disposiciones de la presente Directiva entraran en conflicto con una disposición de otro acto de la Unión que regule sectores específicos, la disposición del otro acto de la Unión prevalecerá y será de aplicación a dichos sectores específicos"*.

La Directiva, cabe recordar, se adopta para establecer un conjunto uniforme y armonizado de normas reguladoras de los derechos de los consumidores y usuarios a escala de la Unión.

Es posible, por tanto, que la Directiva se aplique en sectores que cuentan con una norma específica de la Unión Europea en aquellos aspectos o ámbitos en que esa norma sectorial específica no contenga una regulación de las cuestiones objeto de la Directiva 2011/83/UE. Si, en hipótesis, se produjera un conflicto entre esta Directiva y la norma sectorial dictada por la Unión Europea, en ámbitos regulados por la Directiva 2011/83/UE, entrará en juego la regla de preferencia de la norma sectorial prevista en su artículo 3.2.

En último término, para el caso de normas de Derecho interno que no hayan transpuesto en todo o en parte normas europeas deberá tenerse en cuenta lo establecido en la Directiva, tanto en los referidos artículos 1 y 3.2, como en el artículo 4 ("nivel de armonización"), conforme al cual:

"Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un



CONSEJO DE ESTADO

diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva".

Por consiguiente, si una norma de Derecho interno que no es transposición del Derecho europeo contiene disposiciones contrarias a las contenidas en la Directiva 2011/83/UE, de las que resulta un diferente nivel de protección de los consumidores, en más o en menos, deberán ajustarse al nivel de protección dispensado por la Directiva.

Vistas estas posibilidades, puede considerarse que el proyectado artículo 59.2 ha incorporado de manera adecuada el artículo 3.2 de la Directiva. Según dicho artículo 59.2:

"2. Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos.

La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel mínimo de protección dispensado en esta norma, sin perjuicio de que, en caso de colisión, prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales en aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones de la Unión Europea de las que traigan causa".

En cualquier caso, se formulan dos consideraciones adicionales.

De una parte, en la medida en que la Directiva es un instrumento normativo de armonización plena, no parece adecuado emplear la expresión "nivel mínimo", por lo que se sugiere suprimir ese adjetivo.

De otra parte, ha de recordarse que, a diferencia de la Directiva, el Anteproyecto parece pretender incluir en su ámbito de aplicación los contratos excluidos del artículo 3.3 de la Directiva (proyectado artículo 93 del texto refundido). Ello podría dar lugar a que, al aplicárseles el régimen del texto refundido en materia de derechos de consumidores y usuarios, se eliminase el potencial conflicto entre su norma específica y el texto refundido en lo que se refiere a la regulación de esos derechos, con lo que no entraría en juego la mencionada regla de la prevalencia del artículo 59.2. En cualquier caso, no se



objeta esta posibilidad, que es lógica consecuencia de la decisión de incluir esos contratos excluidos en el ámbito del texto refundido (Considerando 13 de la Directiva) y los objetivos de armonización plena que persigue la Directiva 2011/83/UE.

B. El régimen de atención telefónica a los consumidores y usuarios: Establece el artículo 21.2, en la redacción proyectada, lo siguiente:

"2. Las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor y usuario deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones, mediante la entrega de una clave identificativa y un justificante por escrito o en cualquier otro soporte duradero. Si tales servicios utilizan la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance.

En caso de que el empresario ponga a disposición de los consumidores y usuarios una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el uso de tal línea no podrá suponer para el consumidor y usuario un coste superior a la tarifa básica, sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas. A tal efecto, se entiende por tarifa básica el coste ordinario de la llamada de que se trate, siempre que en ningún caso incorpore un importe adicional en beneficio del empresario".

Este precepto, en su segundo párrafo, procede a la transposición del artículo 21 de la Directiva, conforme al cual:

"Los Estados miembros velarán por que, en caso de que el comerciante opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación con el contrato celebrado, el consumidor -cuando se comunique con el comerciante- no esté obligado a pagar más de la tarifa básica.

Lo dispuesto en el primer párrafo se entenderá sin perjuicio del derecho de los proveedores de servicios de telecomunicaciones de cobrar por este tipo de llamadas".

9



CONSEJO DE ESTADO

Se ha criticado en el expediente el empleo de una expresión como la de "tarifa básica", que no tiene reflejo específico en la normativa de telecomunicaciones. Han objetado la fórmula empleada las Comunidades Autónomas de Andalucía y Cataluña y entidades como UNESA.

En numerosas alegaciones se ha señalado que la indefinición de la expresión "tarifa básica" podría evitarse si en vez de ella se dijera en el Anteproyecto que la línea telefónica puesta a disposición de los usuarios por el empresario, en relación con los contratos ya celebrados, no podrá ser un número de tarificación adicional. El Instituto Nacional del Consumo así lo admite en el último de los documentos de contestación a las observaciones (página 36, en relación con las observaciones del Ministerio de Economía y Competitividad).

A juicio del Consejo de Estado, la introducción en nuestro ordenamiento de un concepto novedoso como el de "tarifa básica" presenta escasas ventajas, siendo recomendable que el legislador nacional, a la hora de transponer el Derecho de la Unión Europea verifique, en la medida de lo posible, una adaptación a las categorías o construcciones ya existentes en Derecho interno. En la medida en que el Ministerio autor de la iniciativa ha admitido que el sentido último de la "tarifa básica" no es otro que el de evitar que el empleo de ese medio de comunicación entre consumidor y empresario implique beneficio económico para este último, esto es, el empleo de números de tarificación adicional, no se observa dificultad alguna para incorporar al Anteproyecto esa solución.

C. Las definiciones: El Anteproyecto, como indica la memoria, recoge numerosas definiciones armonizadas, en el sentido de que son las incorporadas en la Directiva 2011/83/UE.

Así, junto a las de consumidor y empresario, se incorporan definiciones contenidas en la norma europea en diversos pasajes del Anteproyecto, como el artículo 59 bis, dedicado a "definiciones", o el artículo 92, que contiene las de contrato a distancia y de contrato celebrado fuera del establecimiento mercantil.



CONSEJO DE ESTADO

Aun cuando algunas definiciones pudieran reputarse innecesarias -como la de contrato de venta o contrato de servicios-, su incorporación al texto refundido ha obedecido al enfoque de armonización máxima ya comentado.

Por lo que se refiere en particular a algunos conceptos debe observarse la existencia de algunas incoherencias. La introducción de "definiciones armonizadas", según expresión de la memoria, en el artículo 59 bis no encuentra exacto reflejo en la modificación de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista. Así, el concepto de establecimiento mercantil aparece recogido en el artículo 59 bis, apartado 1 letra d), en términos coincidentes con los del artículo 2.9 de la Directiva. Esa misma definición se ha incorporado al artículo 2 de la Ley 7/1996, donde sin embargo, recibe la denominación de "establecimientos comerciales". Sin entrar a valorar la posible diferencia de género a especie que puede existir entre los establecimientos mercantiles y los establecimientos comerciales, no parece técnicamente adecuado este modo de proceder; se sugiere a estos efectos que en el artículo 2 de la Ley 7/1996, para caracterizar a los establecimientos comerciales, se incluya una remisión a lo establecido en el artículo 59 bis, 1.d), del texto refundido de 2007.

Una disparidad específica puede advertirse en el tratamiento que recibe el concepto de "subasta pública" en el texto refundido -artículo 59 bis, 1.f)- y en el artículo 56 de la Ley 7/1996. La diferencia detectada no parece suficientemente justificada, más allá del hecho de que la definición de subasta pública procedente de la Directiva no comprende alguno de los caracteres ("oferta pública e irrevocable") que contiene la definición recogida en la Ley 7/1996.

En otro orden de ideas, el concepto de soporte duradero, contemplado en la letra f) del apartado 1 del artículo 59 bis, ha sido también objeto de algunas críticas, dado que el Anteproyecto no contiene ninguna referencia a qué puede entenderse particularmente por tal soporte. Entiende el Consejo de Estado que, no obstante haberse efectuado también en este punto una incorporación casi literal de lo establecido en la Directiva -artículo 2.10 en este caso-, podría incluirse en la definición, sin menoscabo de los objetivos perseguidos, lo establecido en el considerando 23 de la Directiva que, sin ánimo



CONSEJO DE ESTADO

exhaustivo, señala que dicho soporte duradero debe incluir, en particular, *"el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador así como los correos electrónicos"*.

Finalmente cabe señalar que, aun cuando el término no es incluido en las definiciones recogidas en el artículo 2 de la Directiva, su artículo 2.7 emplea en la definición de "contrato a distancia" la referencia a las "técnicas de comunicación a distancia". En el proyectado artículo 92.1 del texto refundido, en el que se recoge esa definición de manera adecuada, se emplean de manera indistinta las expresiones "medios de comunicación a distancia" y "técnicas de comunicación a distancia", siendo ésta la que debe ser empleada. El precepto en proyecto, además, identifica entre otras posibles técnicas de comunicación a distancia, *"el correo postal, la conexión a través de internet, el teléfono o el fax"*. A este respecto cabe hacer dos observaciones: de un lado, la referencia a la conexión a través de Internet resulta un tanto imprecisa, pues la conexión en sí misma no es la técnica; de otro lado, puestos en conexión este listado de técnicas y el proyectado artículo 95, resulta un tanto imprecisa la referencia a *"los operadores de las técnicas de comunicación a distancia (...) que sean titulares de las técnicas empleadas por los empresarios"*, máxime si se tiene en cuenta que se mantiene –como en el vigente artículo 95 del texto refundido– la obligación de esos sujetos de procurar que los empresarios respeten los derechos que el título III del libro II reconoce a los consumidores. Sería conveniente introducir mayor precisión en este punto.

D. La información previa al contrato: El proyectado artículo 60 procede a la transposición del artículo 5 de la Directiva 2011/83/UE, sobre *"requisitos de información de los contratos distintos de los contratos a distancia o los celebrados fuera del establecimiento"*.

En términos generales, la incorporación del contenido de ese precepto se efectúa de manera adecuada, si bien, entre la información relevante a facilitar al consumidor, se incluye por el artículo 60.2.c) la siguiente:

"c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto,



CONSEJO DE ESTADO

la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares”.

Este segundo párrafo no figura en el artículo 5 de la Directiva, habiendo sido muy criticada su inclusión en el Anteproyecto (ADIGITAL y Canal de Isabel II). Frente a esas críticas, se ha señalado por el Instituto Nacional del Consumo que el artículo 5 de la Directiva obedece a un enfoque de armonización mínima, que permite su incorporación en el artículo 60 del texto refundido, respetando en la medida de lo posible la redacción vigente de dicho precepto, que ya distingue el momento de la publicidad y el anterior a la vinculación del consumidor, a efectos de información precontractual. A lo anterior se añade que el proyectado segundo párrafo del artículo 60.2.c) limita su alcance a la publicidad, esto es, a los anuncios en los que se menciona “*el precio de los productos o servicios ofertados al consumidor*”.

Aun cuando esta cuestión pudiera parecer no amparada por la Directiva, debe recordarse que precisamente el artículo 5.4 permite a los Estados miembros “*adoptar o mantener requisitos adicionales de información precontractual para los contratos*” incluidos en su ámbito de aplicación, lo que revela como es conforme con la Directiva una medida como la incluida en el artículo 60.2, párrafo segundo.

Por otra parte, dispone el artículo 60.4 que “*la información precontractual debe facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano*”.

La Comunidad Autónoma de Cataluña ha solicitado que se modifique este precepto, a fin de dar cabida a la posibilidad de que se recojan



CONSEJO DE ESTADO

en el texto refundido reglas sobre la cooficialidad de las lenguas existentes en España.

A este respecto, el considerando 15 de la Directiva 2011/83/UE prevé que *"no debe armonizar los requisitos lingüísticos aplicables a los contratos celebrados con consumidores"*, de manera que *"los Estados miembros podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, requisitos de carácter lingüístico respecto a la información de los contratos y las cláusulas contractuales"*.

Aun cuando no sea preciso mencionar en el texto refundido esa cuestión, pues es regulada de manera específica en las normas adoptadas por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus respectivas competencias en la materia, podría valorarse su inclusión en este artículo 60.4, en los términos admitidos por la jurisprudencia en garantía de los derechos de los ciudadanos.

E. La prohibición de suministros no solicitados: Esta cuestión aparece recogida en el artículo 27 de la Directiva ("suministro no solicitado"), según el cual:

"Se eximirá al consumidor de toda obligación de entregar contraprestación alguna en caso de suministro no solicitado de bienes, agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitada, prohibido por el artículo 5, apartado 5, y el anexo I, punto 29, de la Directiva 2005/29/CE. En dicho caso, la falta de respuesta del consumidor a dicho suministro o prestación no solicitada no se considerará consentimiento".

En concreto, el artículo 5.5 de la Directiva 2005/29/CE se limita a establecer, en su primer inciso, que en su anexo I *"figura una lista de las prácticas comerciales que se considerarán desleales en cualquier circunstancia"*, considerándose como tal en su apartado 29 la práctica consistente en *"exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado), salvo cuando el producto en cuestión sea un producto de sustitución suministrado de*



CONSEJO DE ESTADO

conformidad con lo establecido en el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 97/7/CE'.

A este respecto debe indicarse que la Directiva 2005/29/CE modificó el artículo 9 de la Directiva 97/7/CE, que contemplaba precisamente la figura del "suministro no solicitado", conminando a los Estados miembros a que adoptaran las medidas necesarias para *"prohibir los suministros de bienes o de servicios al consumidor sin encargo previo de éste, cuando dichos suministros incluyan una petición de pago"*.

Como puede comprobarse, la Directiva 2005/29/CE ha ampliado el catálogo de prácticas comerciales desleales, añadiendo a la petición de pago por el empresario, las consistentes en la devolución o custodia de los productos suministrados.

Pues bien, la transposición de esta materia se efectúa por el proyectado artículo 66 quáter ("prohibición de suministros no solicitados"), que proviene del vigente artículo 100 del texto refundido de 2007, en los siguientes términos:

"1. Queda prohibido el suministro al consumidor y usuario de bienes, de agua, gas o electricidad, de calefacción mediante sistemas urbanos, de contenido digital o de prestación de servicios no solicitados por él, cuando dichos suministros incluyan una pretensión de pago de cualquier naturaleza.

En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el consumidor y usuario receptor no estará obligado a su devolución o custodia, ni podrá reclamársele pago alguno. En tal caso, la falta de respuesta del consumidor y usuario a dicho suministro o prestación no solicitado no se considerará consentimiento.

2. Si el consumidor y usuario decide devolver dichos suministros no responderá por los daños o deméritos sufridos, y tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños perjuicios que se le hubieran causado".

Como puede comprobarse, el Derecho de la Unión Europea, de una parte, ha ampliado el conjunto de bienes y productos que pueden ser



CONSEJO DE ESTADO

incluidos en la figura del suministro no solicitado, al haber incorporado los suministros de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos y contenidos digitales; de otra, desde la Directiva 2005/29/CE ya no es preciso que el empresario efectúe un suministro no solicitado y reclame una contraprestación dineraria, bastando también para configurar el supuesto la mera pretensión de devolución o custodia de lo suministrado o entregado. Este segundo extremo no es tenido en cuenta en el Anteproyecto; el Consejo de Estado considera que, en este punto, debe efectuarse una transposición fiel de las normas europeas.

A lo anterior ha de añadirse que el artículo 66 quáter emplea ahora el concepto de "suministro", sin duda por preverlo así el Derecho europeo, que sustituye al de "envío" empleado en el vigente artículo 100 del texto refundido de 2007.

Esta mera transcripción, como resaltara el Consejo de Estado en el dictamen nº 99/2009, no es la técnica más adecuada de transposición de las normas europeas, pues de ordinario la labor de transposición de las normas comunitarias exige la puesta en práctica, según las exigencias del propio ordenamiento del Estado miembro, de los principios en ellas contenidos, a fin de alcanzar formulaciones ajustadas a los ordenamientos internos de los Estados miembros y a las categorías y conceptos propios de cada uno de ellos.

La propia Directiva 2011/83/UE indica en su considerando 60 que la figura del "suministro no solicitado" comprende los casos en los que se suministran a los consumidores bienes o se les prestan servicios que no han solicitado.

La Directiva 2005/29/CE emplea las expresiones "suministro no solicitado" y "productos suministrados" pero puede colegirse de su redacción que no limita su campo de aplicación a la figura del suministro continuado de bienes, sino que también comprende los casos en los que se verifica por un empresario una única entrega de un bien no solicitado por el consumidor, al que se puede solicitar meramente la custodia o devolución de ese bien.



CONSEJO DE ESTADO

En ambos casos, es dudoso que el empleo de la expresión "suministro" tenga el sentido jurídico específico que el término tiene en nuestro ordenamiento, como figura contractual específica, pues en estos "suministros no solicitados" no hay en realidad contrato ni convención, sino una actividad unilateral de un empresario prohibida por el ordenamiento.

No obstante, y una vez que puede admitirse el empleo del término pues, por la construcción de los preceptos en que se inserta, carece de esas connotaciones contractuales y así entendido no ha de generar confusión su empleo, se sugiere por el Consejo de Estado que no se elimine del artículo 66 quáter la expresión "envíos", pues no todos los supuestos que este precepto, y el Derecho europeo del que trae causa, contempla son subsumibles en la idea de la entrega continuada de bienes. Debe repararse en que el precepto proyectado comprende suministros de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos o contenidos digitales, entregas o envíos de bienes y prestaciones de servicios, cuestiones que desbordan la mera idea del "suministro no solicitado" y en los que la custodia o la conservación contempladas en la Directiva 2005/29/CE no son siempre aplicables (es revelador de las limitaciones que implica el solo uso de la expresión "suministro" el inicio del apartado segundo de este artículo 66 quáter, cuando se refiere a la posibilidad de que consumidor y usuario decida "*devolver dichos suministros*").

En suma, el Consejo de Estado considera que este artículo 66 quáter debe recoger de manera adecuada lo establecido en las Directivas 2011/83/UE y 2005/29/CE y no debe tratar de condensar en apretada fórmula -como ahora pretende su primer apartado- la variedad de supuestos prohibidos que aquéllas contemplan.

F. Los efectos del ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos complementarios: El proyectado artículo 76 bis regula esta cuestión que ha merecido observaciones en la tramitación del expediente (Canal de Isabel II).

Se ha discutido si, en ciertos sectores de actividad, como el del ciclo de la gestión integral del agua, es posible concebir como contratos complementarios, o incluso como suministros no solicitados, algunas



CONSEJO DE ESTADO

actividades que tienen encomendadas los gestores de esos sistemas, como la prestación de los servicios de alcantarillado o de depuración de las aguas.

La amplia definición de contrato complementario contenida en el artículo 59 bis, apartado 1.c) (*"un contrato por el cual el consumidor y usuario adquiera bienes o servicios sobre la base de otro contrato celebrado con un empresario, incluidos los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento, y dichos bienes o servicios sean proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario"*), unida a la inclusión de los contratos de suministro de agua, incluso por parte de poderes públicos, en el ámbito de aplicación de la Directiva (artículo 3.1), puede permitir considerar que tienen ese carácter los contratos que incluyen actividades como las comentadas, por las que el consumidor satisface una contraprestación al suministrador por los servicios prestados por él o por un tercero, sobre la base de un acuerdo entre ese tercero y el empresario.

En cualquier caso, esa caracterización como contratos complementarios de ciertos servicios, desde la perspectiva de los derechos de los consumidores, tiene el efecto de someter la prestación de esos servicios a las reglas de información a los consumidores y usuarios que contiene la Directiva, pues ante todo ha de informárseles de las características principales de los bienes o servicios y del precio total (artículos 5 y 6 de la Directiva).

Y además, se sujetarán, en el caso de que en efecto se conciban como contratos complementarios, al régimen de desistimiento del artículo 76 bis, que proviene del artículo 15 de la Directiva.

Sobre el régimen proyectado en este punto, se establece en el primer apartado del artículo 76 bis que, *"sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, el ejercicio, por parte del consumidor y usuario de su derecho de desistimiento conforme a las disposiciones de esta ley, tendrá por efecto la ineficacia automática y sin coste alguno para el consumidor y usuario de todo contrato complementario, excepto los contemplados en los artículos 107.2 y 108 de esta norma"*.



CONSEJO DE ESTADO

Como puede comprobarse, el ejercicio del derecho de desistimiento implicará la "ineficacia automática" de todo contrato complementario. El término "ineficacia" no se corresponde con el empleado en otras versiones de la Directiva 2011/83/UE ("termination" en la versión inglesa o "fin" en la versión francesa), ni con el utilizado en la versión española (resolución); se propone la sustitución del término ineficacia por otro de sentido similar al empleado en la Directiva, como "expiración" o "extinción".

G. La legibilidad de los contratos: El anteproyecto modifica el artículo 80 del texto refundido, sobre requisitos de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente.

En este precepto se dice que los contratos que empleen este tipo de cláusulas deben garantizar la accesibilidad y la legibilidad, de forma que permita al consumidor el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

A pesar de que la Directiva emplea en varias ocasiones la idea de la legibilidad (artículos 7 y 8), no se llega a precisar en qué ha de concretarse. El Consejo de Estado considera que es posible introducir en la normativa sobre protección de los consumidores una norma que precise, al menos en cierta medida, qué se entiende por "legible" y, por consiguiente, qué práctica comercial puede no ser conforme a Derecho por no reunir ese carácter.

Una previsión de este género no sería novedosa en nuestro ordenamiento; así la Junta de Castilla y León, en su Decreto 26/2001 sobre protección del consumidor, o la Generalidad de Cataluña, en Orden 385/2003, de 21 de agosto, han coincidido en la exigencia de que la letra de los contratos a que se refieren no puede ser inferior a 1'5 milímetros y con unas determinadas condiciones en cuanto al contraste entre la letra y el fondo del documento contractual. También el Banco de España ha precisado esta cuestión en la Circular 5/2012, de 27 de junio, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

En definitiva, se aconseja introducir en el artículo 80.1.b) una frase similar a la siguiente: "En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el



CONSEJO DE ESTADO

tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura”.

H. El régimen de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil: En términos generales, el régimen contenido en los proyectados artículos 92 y siguientes, integrados en el título III del libro II del texto refundido, se considera adecuado, pues se ha efectuado una correcta transposición de la Directiva 2011/83/UE en este punto, como al incorporar las definiciones de los contratos a distancia o fuera del establecimiento en el artículo 92 o el régimen de la información precontractual del artículo 6 de la Directiva en el proyectado artículo 97.

No obstante lo anterior, cabe destacar lo establecido en el proyectado artículo 92.4.

Conforme a este precepto, *“todos los contratos y ofertas celebradas fuera del establecimiento mercantil se presumen sometidos a las disposiciones de este título, correspondiendo al empresario la prueba en contrario”*.

Entiende el Consejo de Estado que debe reformularse esta regla. Según resulta del propio artículo 92 del texto refundido, en su apartado segundo, las disposiciones del título III del libro II son aplicables a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil; por consiguiente, si el artículo 92 contempla el sometimiento a sus reglas de los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, no es admisible que el propio precepto, en su cuarto apartado, incluya una presunción sobre la aplicabilidad de esas normas a esos mismos contratos.

La única razón que podría legitimar esa diferencia es la referencia en el artículo 92.4 a las “ofertas” celebradas fuera de establecimiento. En la medida en que las ofertas no están incluidas en sentido estricto en la definición de contrato celebrado fuera del establecimiento que contiene el proyectado artículo 92.4 (artículo 2.8 de la Directiva), podría entenderse que la presunción ha de limitarse a ellas. Junto a esta presunción, podría mantenerse la última idea que recoge el artículo 92.4, pero no como presunción, sino como regla de

Q



CONSEJO DE ESTADO

carga de la prueba para el empresario, en el bien entendido de que a él corresponde probar que un contrato que a priori es un contrato celebrado fuera del establecimiento no lo es en realidad y, por tanto, no queda sometido a las disposiciones del título III del libro II.

En definitiva, debe revisarse la redacción de este artículo 92.4, conforme a las observaciones efectuadas.

I. Los requisitos formales de los contratos a distancia: Esta materia, que regula el proyectado artículo 98, conforme a lo previsto en el artículo 8 de la Directiva, ha centrado gran parte de las observaciones efectuadas en la tramitación del expediente, en concreto, lo establecido en su apartado sexto.

Las objeciones se han basado, en esencia, en la crítica al endurecimiento de los requisitos que impone el Anteproyecto para la contratación telefónica, en términos que no derivan de la Directiva. Es preciso, pues, examinar ambos textos.

El artículo 8.6 de la Directiva prevé lo siguiente:

"En caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, los Estados miembros podrán establecer que el comerciante ha de confirmar la oferta al consumidor, que solo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito. Los Estados miembros podrán establecer asimismo que dichas confirmaciones han de realizarse en un soporte duradero".

Por su parte, el proyectado artículo 98.6 dispone:

"6. En aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez



CONSEJO DE ESTADO

que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms".

No ha habido coincidencia en la interpretación de este precepto por parte del Ministerio y las entidades, públicas y privadas, que han formulado alegaciones.

En trámite de audiencia se ha objetado que el Anteproyecto haya empleado la facultad que la Directiva concede a los Estados miembros para endurecer el régimen de la contratación telefónica, hasta hacerlo prácticamente inviable por exigir que *"el consumidor sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta"* formulada telefónicamente *"mediante su firma o en envío de su acuerdo por escrito, en papel o mediante correo electrónico, fax o sms"*.

Frente a ello, el Instituto Nacional del Consumo ha destacado que, con arreglo al conjunto del artículo 8 de la Directiva, los contratos no deberían cerrarse en una sola llamada telefónica, como entiende resulta del apartado cuarto de ese artículo 8 (*"Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia en el que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados, el comerciante facilitará en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del comerciante, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución a que se hace referencia en el artículo 6, apartado 1, letras a), b), e), h) y o). El comerciante deberá facilitar al consumidor las demás informaciones que figuran en el artículo 6, apartado 1, de una manera apropiada con arreglo al apartado 1 del presente artículo"*); y ello por cuanto este artículo 8.4 obliga al empresario a facilitar al consumidor, *"en el caso de contratos de duración indefinida"*, entre otros extremos, el modelo de formulario de desistimiento del anexo I A de la Directiva –artículo 6.1.h)-. Además de lo anterior, se destaca por el Instituto Nacional del Consumo que se encuentra en tramitación una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, en cuyo artículo 19 (*"contratos a distancia: información adicional y otros requisitos"*), apartado cuarto, se prevé que *"un contrato a distancia celebrado por teléfono*



CONSEJO DE ESTADO

sólo será válido si el consumidor ha firmado la oferta o ha enviado su consentimiento escrito indicando estar de acuerdo en celebrar un contrato. El comerciante debe facilitar al consumidor una confirmación de ese acuerdo en un soporte duradero".

Sin perjuicio del valor que puedan tener normas en tramitación en las Instituciones comunitarias, el Consejo de Estado considera que el artículo 8.6 no se limita a facultar a los Estados miembros, en los términos que se han sugerido en el expediente.

Este precepto dispone para la contratación telefónica, como se ha indicado, que *"los Estados miembros podrán establecer que el comerciante ha de confirmar la oferta al consumidor, que solo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito", a lo que añade que "los Estados miembros podrán establecer asimismo que dichas confirmaciones han de realizarse en un soporte duradero".*

Es decir, que la Directiva faculta a los Estados miembros para que obliguen al comerciante a confirmar la oferta realizada telefónicamente al consumidor, confirmación que los Estados pueden obligar a que se haga por los comerciantes en soporte duradero. Ahora bien, a juicio del Consejo de Estado, la Directiva parece sentar, sin margen para la interpretación, que si los Estados miembros imponen a los empresarios la confirmación de las ofertas al consumidor, entonces éste *"solo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito".*

En definitiva, una vez que en el Anteproyecto se ha incorporado la obligación de los empresarios de confirmar por escrito las ofertas efectuadas de manera telefónica, debe incorporar de manera ineluctable el expuesto régimen de vinculación del consumidor. Debe hacerse constar que las reglas examinadas son garantías para el consumidor, que podrían reforzarse si se previese que ciertos actos –como el pago del bien entregado o el servicio prestado por parte del consumidor– implican la existencia de vínculo contractual, sin que el empresario que acepta esos actos como válidos pudiera esgrimir la falta de remisión de la documentación contractual firmada por el consumidor para negar la existencia de relación jurídica.



CONSEJO DE ESTADO

Al hilo de esta observación, cabe recordar que el vigente artículo 5.4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, regula la contratación telefónica, en los siguientes términos:

"En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma".

El diferente tratamiento de la cuestión podría obligar a adaptar lo establecido en este artículo 5.4 de la Ley 7/1998 al expuesto régimen del artículo 98.6, que introduce las examinadas nuevas garantías para los consumidores en el marco de la contratación telefónica.

Junto a lo anterior, se ha procedido, a instancias de la Agencia Española de Protección de Datos, a incluir en este artículo 98, en su apartado noveno, un segundo inciso, conforme al cual "el empresario deberá adoptar las medidas adecuadas y eficaces que le permitan identificar inequívocamente al consumidor y usuario con el que celebra el contrato".

La problemática que subyace a las erróneas o insuficientes identificaciones de los consumidores es ampliamente tratada por la Agencia Estatal en su informe. Dicho lo anterior, debe repararse en que este artículo 98, que se corresponde con el artículo 8 de la Directiva, trata de los "requisitos formales de los contratos a distancia", siendo dudoso que la mencionada nueva regla tenga en esta sede su mejor ubicación pues, en realidad, se trata de una prescripción que por su contenido podría encontrar mejor acomodo en los artículos 59 o 60 del texto refundido de 2007.

J. La garantía comercial adicional: El régimen contenido en el vigente artículo 125 del texto refundido de 2007 pretende modificarse al haberse incorporado en el proyectado artículo 59 bis, letra j), la definición de garantía comercial del artículo 2.14 de la Directiva. Como puede advertirse, no se ha unificado la denominación empleada en el texto, pues mientras el artículo



CONSEJO DE ESTADO

59 bis define la "garantía comercial", el artículo 125 sigue tratando de la "garantía comercial adicional".

Esta garantía comercial es voluntaria para el empresario ("compromiso asumido", según la Directiva), lo que la distingue de la garantía legal, que atañe a la conformidad del bien.

En tal sentido se pronuncia la Directiva, que diferencia en cuanto a los derechos de información del consumidor entre "el recordatorio de la existencia de una garantía jurídica de conformidad para los bienes" y la existencia, en su caso ("cuando proceda"), de las condiciones de servicios posventa y las garantías comerciales -artículos 5.1.e) y 6.1, letras l) y m)-.

Desde esta perspectiva, se ha sugerido en el expediente que se reconsidere el régimen de garantía comercial obligatoria que, para los productos de naturaleza duradera, contiene el artículo 126 (en conexión con la disposición transitoria segunda del texto refundido, que remite al anexo II del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado de bienes de naturaleza duradera). En concreto, se ha entendido que la Directiva impone un régimen de garantía comercial voluntaria en el que no encaja la que con carácter obligatorio para ese tipo de productos impone el citado artículo 126 del texto refundido (*"En los productos de naturaleza duradera deberá entregarse en todo caso al consumidor, formalizada por escrito o en cualquier soporte duradero aceptado por el consumidor y usuario, y con el contenido mínimo previsto en el artículo anterior, la garantía comercial, en la que constará expresamente los derechos que este título concede al consumidor y usuario ante la falta de conformidad con el contrato y que éstos son independientes y compatibles con la garantía comercial"*).

No obstante tales objeciones, entiende el Consejo de Estado que el régimen contenido en el artículo 126 cuenta con la cobertura de los artículos 5.4 ("Los Estados miembros podrán adoptar o mantener requisitos adicionales de información precontractual para los contratos a los que se aplica el presente artículo") y 6.8 (en relación con el 22.2.f) de la Ley 17/2009, de 23 de



CONSEJO DE ESTADO

noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), en conexión con los artículos 7.1 y 8.1 de la Directiva.

K. El cumplimiento de la STJUE de 14 de junio de 2012: Como se ha indicado en los antecedentes del presente dictamen, a través del Anteproyecto trata de darse cumplimiento a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, asunto C-618 Banco Español de Crédito.

El Tribunal examinó la compatibilidad del artículo 83 del texto refundido de 2007 con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Dispone el artículo 83, dedicado a la "nulidad de las cláusulas abusivas e integración del contrato", lo siguiente:

"1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato".

Por su parte, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que "los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán



CONSEJO DE ESTADO

que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

La sentencia analizó, en sus párrafos 61 y siguientes, la relación entre ambas normas en estos términos:

“61. Sentado lo anterior, y a fin de responder a la cuestión planteada en lo que atañe a las consecuencias que deben deducirse de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, es preciso remitirse tanto a la letra del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como a la finalidad y sistemática de esta última (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de diciembre de 2009, AHP Manufacturing, C-482/07, Rec. p. I-7295, apartado 27, y de 8 de diciembre de 2011, Merck Sharp & Dohme, C-125/10, Rec. p. I-0000, apartado 29).

62. En lo que atañe al tenor literal del citado artículo 6, apartado 1, procede hacer constar, por un lado, que el primer fragmento de frase de dicha disposición, si bien reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, les impone expresamente la obligación de establecer que tales cláusulas «no vincularán al consumidor».

63. En este contexto, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de interpretar la citada disposición en el sentido de que incumbe a los tribunales nacionales que examinan el carácter abusivo de las cláusulas contractuales deducir todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello, a fin de evitar que las mencionadas cláusulas vinculen al consumidor (véanse la sentencia Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 58; el auto de 16 de noviembre de 2010, Pohotovost', C-76/10, Rec. p. I-0000, apartado 62, y la sentencia Pereničová y Perenič, antes citada, apartado 30). En efecto, tal y como se ha recordado en el apartado 40 de la presente sentencia, se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

64. Por otro lado, procede señalar que el legislador de la Unión previó expresamente, tanto en el segundo fragmento de frase del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como en el vigésimo primero considerando de ésta, que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá



CONSEJO DE ESTADO

siendo obligatorio para las partes «en los mismos términos», si éste puede subsistir «sin las cláusulas abusivas».

65. Así pues, del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

66. Esta interpretación viene confirmada, además, por la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13.

67. En efecto, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión Europea, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (véanse las sentencias, antes citadas, *Mostaza Claro*, apartado 37; *Pannon GSM*, apartado 26, y *Asturcom Telecomunicaciones*, apartado 51).

68. Así pues, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que descansa la protección que pretende garantizarse a los consumidores –los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales–, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigésimo cuarto considerando, dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

69. Pues bien, en este contexto es preciso señalar que, tal como ha indicado la Abogado General en los puntos 86 a 88 de sus conclusiones, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, el auto *Pohotovost'*, antes citado, apartado 41 y jurisprudencia citada), en la medida en que los profesionales podrían verse



CONSEJO DE ESTADO

tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.

70. Por esta razón, aunque se reconociera al juez nacional la facultad de que se trata, ésta no podría por sí misma garantizar al consumidor una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas. Por lo demás, tal facultad tampoco podría fundamentarse en el artículo 8 de la Directiva 93/13, que atribuye a los Estados miembros la posibilidad de adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Derecho de la Unión, siempre que se garantice al consumidor un mayor nivel de protección (véanse las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, Rec. p. I-4785, apartados 28 y 29, y Pereničová et Perenič, antes citada, apartado 34).

71. Así pues, de las precedentes consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que permite, en el supuesto de que el juez nacional constate la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que dicho juez modifique el contenido de la cláusula abusiva, en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor.

72. A este respecto, incumbe al tribunal remitente determinar cuáles son las normas procesales nacionales aplicables al litigio del que está conociendo, así como, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de enero de 2012, Domínguez, C-282/10, Rec. p. I-0000, apartado 27 y jurisprudencia citada).

73. A la luz de cuanto antecede, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la



CONSEJO DE ESTADO

facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva".

A fin de dar cumplimiento a esta sentencia, se modifica el artículo 83 del texto refundido, que queda redactado:

"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

Esta modificación, a juicio del Consejo de Estado, se produce en términos respetuosos con la meritada sentencia, por lo que no cabe formular objeciones a la nueva redacción del artículo 83 del texto refundido.

L. La reforma de los artículos 19 y 20 del texto refundido de 2007: El Anteproyecto reforma los artículos 19.4 y 20.2 del texto refundido, con objeto de adecuarlos al artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.

El vigente artículo 19.4 del texto refundido de 2007 dispone:

"Las normas previstas en esta ley en materia de prácticas comerciales y las que regulan las prácticas comerciales en materia de medicamentos, etiquetado, presentación y publicidad de los productos, indicación de precios, aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, crédito al consumo, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y usuarios, comercio electrónico, inversión colectiva en valores mobiliarios, normas de conducta en materia de servicios de inversión, oferta pública o admisión de cotización de valores y seguros, incluida la mediación y cualesquiera otras normas que regulen aspectos concretos de las prácticas comerciales desleales previstos en normas comunitarias prevalecerán



CONSEJO DE ESTADO

en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales”.

La modificación consiste en añadir un segundo párrafo al artículo 19.4 del texto refundido, conforme al cual “el incumplimiento de las disposiciones a que hace referencia este apartado será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley de Competencia Desleal”.

Esta reforma se estima acertada en términos generales, si bien debe revisarse la remisión que contiene ese segundo párrafo del artículo 19.4 al artículo 19.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (LCD).

Este artículo 19.2 de la LCD establece que *“las prácticas comerciales reguladas en los artículos 21 a 31, ambos inclusive, son en todo caso y en cualquier circunstancia, prácticas comerciales desleales con los consumidores”*. Y dichos artículos 21 a 31 incluyen tanto prácticas engañosas (artículos 20 a 27), como prácticas agresivas (artículos 28 a 31). Debería acotarse la referencia a la LCD en el nuevo párrafo segundo del artículo 19.4 del texto refundido para delimitar debidamente su ámbito, a fin de que efectivamente limitara su radio a los casos del artículo 7 (“omisiones engañosas”), apartado cuarto, de la Directiva 2005/29/CE.

Por otra parte, conforme al artículo 20.2 del texto refundido, “el incumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior o en las disposiciones a que se refiere el artículo 19.4 será considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 21.2 de la Ley de Competencia Desleal”.

La reforma de este precepto consiste en eliminar la referencia al artículo 19.4 del propio texto refundido y modificar la remisión que contiene al artículo 21.2 de la LCD por una más adecuada al artículo 7 de la LCD; esta modificación se estima correcta.



VII. Otras observaciones

Se ha detectado que el Anteproyecto, en ocasiones, contiene modificaciones del texto refundido de alcance superficial. Tal es el caso, por ejemplo de la modificación del artículo 125. En su redacción vigente, cuenta con cuatro apartados, en el primero de los cuales (artículo 125.1) se contiene la definición de la garantía comercial adicional. El Anteproyecto incluye esa definición –adaptada a la Directiva- en el nuevo artículo 59 bis (garantía comercial), quedando el artículo 125, en la versión proyectada, con tres apartados (1, 2 y 3) que se corresponden con los actuales 2, 3 y 4. La reproducción de ese contenido en el apartado Veintiuno del artículo único del Anteproyecto parece innecesaria, pudiendo haber bastado con que ese apartado Veintiuno indicara que el apartado 1 del artículo 125 del texto refundido queda sin contenido, pasando sus apartados 2, 3 y 4, respectivamente, a numerarse como nuevos apartados 1, 2 y 3.

Por otra parte, se sugiere modificar el artículo 67.1, a fin de emplear la palabra “determinará” en vez de “regulará”, pues aquella es la que emplea el Reglamento (CE) nº 593/2008.

Se ha reparado también en que el Anteproyecto, en línea con la Directiva, incorpora un anexo sobre el formulario del derecho de desistimiento. Sin duda, la adición del anexo al texto refundido puede formar parte de la transposición, pero, por su contenido y alcance, se trata sin duda de un aspecto de orden reglamentario. Por ello, y a la vista de las fechas exigidas por la transposición, el Anteproyecto podría, bien no incluir el anexo, para que se regulara por norma reglamentaria, bien incorporarlo al texto refundido con expresa indicación de su carácter reglamentario, a fin de evitar además la congelación de rango.

Además de esas cuestiones, se recomienda efectuar una revisión general del texto, a fin de mejorar su redacción y la técnica normativa empleada. En particular, debe citarse de manera correcta el texto refundido vigente, que es la norma cuyos artículos pretenden modificarse por el Anteproyecto, y no el Real Decreto Legislativo en sí mismo considerado, carente de articulado.



CONSEJO DE ESTADO

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno es de dictamen:

Que, una vez tenidas en cuenta las observaciones efectuadas en el presente dictamen, procede elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación como proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 24 de julio de 2013
LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMA. SRA. MINISTRA DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD.