

**OBSERVACIONES, COMENTARIOS Y PROPUESTAS DE MEJORA  
DEL 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<sup>1</sup>**

**Ana I. Mendoza Losana**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

**El Consejo de Ministros del viernes 19 de abril recibe un informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Derechos de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.**

El Gobierno trabaja en la transposición de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, de derechos de los consumidores que deroga las Directivas 85/577/CEE y 97/7<sup>2</sup>. El primer borrador de este Anteproyecto data de finales de julio de 2012<sup>3</sup>. Obsérvese que lo que hace ahora el Gobierno es recibir un informe de la Ministra competente, pero no consta que haya aprobado todavía el texto definitivo del Anteproyecto y su envío al Congreso de los Diputados para su tramitación parlamentaria.

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad ("Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo"), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

<sup>2</sup> Sobre el contenido de esta Directiva y su impacto en el Derecho español vigente v. el número 1 de la *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, dedicado monográficamente a esta norma (<http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/issue/view/8/showToc>)

<sup>3</sup> <http://www.msps.es/normativa/docs/Lmodificaciondefensaconsumidores.pdf>

Para cumplir con la normativa comunitaria la nueva ley debería estar aprobada **antes del 13 de diciembre de 2013**, fecha límite en la que los Estados deben haber adoptado y publicado las disposiciones necesarias para la transposición de la Directiva 2011/83, si bien tales medidas no serán de obligada aplicación hasta el 13 de junio de 2014 (art. 28 Directiva).

La nueva regulación afectará principalmente a la contratación a distancia, aunque también a otras formas de contratación (ej. presencial o fuera de establecimiento mercantil).

Este documento da cuenta de algunas de las novedades más significativas y formula algunos comentarios o propuestas de mejora del texto proyectado, con su correspondiente justificación.

## 1. NOVEDADES MÁS SIGNIFICATIVAS

En la información facilitada tras el Consejo de Ministros, el Gobierno destaca como ejes fundamentales en torno a los que gira la reforma los siguientes:

1ª. **Deberes de información.** Se amplía la información precontractual que, por ley, habrá que facilitar a los consumidores y usuarios, en general y, en particular, cuando formalicen contratos a distancia. Esta información tendrá que ser clara y comprensible (nuevos arts. 21, 60 y 97 TRLGDC);

2ª. **Derecho de desistimiento.** Se introducen nuevas garantías en cuanto a la posibilidad de desistir del contrato (nuevos arts. 101- 108 TRLGDCU); se amplía el plazo en el que se puede ejercer de los siete días hábiles actuales a catorce días naturales. En el caso de que no se hubiera informado al consumidor de que puede ejercer este derecho, el plazo queda automáticamente ampliado a doce meses. La nueva norma incorporará un formulario de desistimiento común en Europa, que se tendrá que facilitar junto con la información previa al contrato.

El Gobierno omite una información muy relevante y es que, tal y como establece la Directiva, el consumidor que desiste tendrá que asumir el coste de la devolución de los bienes 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, salvo que el empresario los haya asumido o que no haya informado debidamente sobre el cargo de estos costes (nuevo art. 107 TRLGDCU);

3ª. **Nuevos derechos.** El Anteproyecto dota a los consumidores de nuevos derechos referidos a la forma y los plazos de entrega (máximo 30 días naturales) y el riesgo de pérdida o deterioro del bien adquirido, entre otros (nuevo art. 66 bis TRLGDCU);

4ª. **Precios y cargas encubiertas.** El Anteproyecto contiene medidas para evitar las denominadas "cargas encubiertas". En particular, en los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil, se facilitará información precontractual sobre los gastos asociados al medio de pago, sobre los

gastos de transporte, entrega o postales y "cualquier otro gasto". Correlativamente, si el comerciante no ha cumplido los requisitos de información precontractual, el consumidor no deberá abonar los gastos o tasas asociadas al medio de pago utilizado. Además, en la contratación electrónica, el empresario tendrá que instaurar los mecanismos adecuados para que el consumidor, al realizar un pedido, confirme que es consciente de que éste implica una obligación de pago. De este modo, el usuario siempre tendrá que aceptar el precio final antes de que concluya la transacción.

Si el empresario no obtiene el consentimiento expreso del consumidor sobre los pagos adicionales y los factura utilizando opciones por defecto (Ej. si no desea recibir la factura telefónica detallada al coste de 2 € por factura, marque esta casilla o desactive esta opción), el usuario tendrá derecho al reembolso del pago.

Además, la nueva ley hace suya la regulación ya contenida en la Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago y establece que los empresarios no podrán facturar al consumidor cargos por el uso de determinados medios de pago que superen el coste al que tienen que hacer frente ellos por el uso de los mismos (arts. 21 y 24.3 LSP).

- 5ª. **Contratos telefónicos.** Según el Gobierno, el Anteproyecto persigue articular un sistema que proteja a los consumidores y usuarios, y que, al mismo tiempo, no suponga cargas excesivas para los empresarios. En los casos en los que la empresa sea la que se ponga en contacto telefónico con un usuario para formalizar el contrato, deberá confirmar la oferta por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor, en un soporte duradero. La oferta no será vinculante hasta que el consumidor haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito ya sea en papel, por fax, correo electrónico o por un mensaje de SMS. De este modo, se asegura que el consumidor es plenamente consciente de lo que está aceptando al garantizarse adecuadamente que recibe la información precontractual obligatoria, algo que no es posible si el proceso completo se lleva a cabo en una única conversación telefónica.

## **2. ALGUNAS PROPUESTAS PARA MEJORAR EL ANTEPROYECTO**

Con todas las cautelas exigibles en esta fase de tramitación de la norma, a la luz de los borradores distribuidos por el Ministerio, cabe apuntar que, como en la mayoría de las reformas de las normas de consumo, muchas de las novedades anunciadas a bombo y platillo no son tales y no se aprovecha la oportunidad de dar respuesta a algunas carencias significativas. A continuación se formulan algunas observaciones, comentarios y propuestas de modificación del texto, con su correspondiente justificación.

### **2.1. En relación a los medios de comunicación con el empresario**

#### **A) "La dirección geográfica" (art. 21.3 TRLGDCU y 23 Ley 17/2009)**

*Propuesta: modificación de los artículos 21.3 TRLGDCU y 23 Ley 17/2009 (no afectados por el Anteproyecto).*

#### *Justificación*

La Directiva 2011/83 exige facilitar información sobre una dirección geográfica bien del establecimiento (art. 6,b) o bien de la sede del comerciante que actúa en nombre propio o de aquel por cuenta del que se actúa (art. 6,c), así como del número de teléfono, número de fax y dirección de correo electrónico, cuando proceda (art. 6.1,c). Tratándose de subastas públicas, esta información relativa al comerciante podrá sustituirse por los datos equivalentes relativos al subastador (art. 6.2).

Tanto la Directiva 2011/83, como las Directiva 2000/31, de Comercio Electrónico y la Directiva 2006/123, de Servicios utilizan indistintamente el término "dirección geográfica" (arts. 5.1,b Directiva 2000/31, 22.1,a Directiva 2006/123, 5.1,b y 6.1,c Directiva 2011/83) o "dirección postal" (art. 27.1 Directiva 2006/123). La Directiva 2011 se refiere a "dirección geográfica". La novedad es casi de matiz y probablemente no ha sido intencionada, pero puede alcanzar cierta relevancia práctica. Y es que en virtud de la prevalencia de la Directiva 2011 sobre la Directiva de servicios y de comercio electrónico (art. 6.8.II), ha de quedar excluida la práctica frecuente consistente en facilitar únicamente un código postal al que dirigir consultas, quejas o reclamaciones.

Correlativamente y con el propósito de evitar estas prácticas y unificar normas que regulan la misma realidad, en el ordenamiento español convendría modificar los artículos 21.3 del TRLGDCU y 23 de la Ley 17/2009 (Ley Ómnibus) que también se refieren a "dirección postal". No así el artículo 60.1 del TRLGDCU que exige informar antes de la contratación del "domicilio completo" del responsable de la oferta contractual.

#### **B) Servicio de atención telefónica (nuevo art. 21.2)**

*Propuesta: definición de la "tarifa básica" del servicio telefónico de atención al cliente.*

En el anteproyecto, se da la siguiente redacción al artículo 21.2 del TRLGDCU:

*Tres. El apartado 2 del artículo 21 pasa a tener la siguiente redacción:*

*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.*

*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.*

#### *Justificación*

El legislador comunitario no ha aprovechado la ocasión para atender una pretensión reiterada de los consumidores, como es la gratuidad de los servicios telefónicos de atención al público en general y al cliente en particular. Aunque se advierte que la reivindicación no es totalmente ajena al autor de la Directiva 2011/83 (cfr. considerando 36), nada se estipula respecto al coste del servicio telefónico de atención al público en general (antes de celebrar el contrato) y tímidamente, el artículo 21 encomienda a los Estados velar por que "en caso de que el comerciante opere una línea telefónica a efectos de comunicarse con él en relación al contrato celebrado, el consumidor [...] no esté obligado a pagar más de la tarifa básica". No hay ninguna duda de que queda prohibida la utilización de números de tarificación adicional que incrementan la cuenta de resultados del empresario a cargo de la formulación de consultas, quejas o reclamaciones por los usuarios, pero, ¿qué se entiende por "tarifa básica"? ¿es el coste de un servicio de llamada local, nacional, internacional o de tarificación especial, como el 902? La Directiva 2011/83 no lo especifica, limitándose a constatar el derecho de los operadores de telecomunicaciones a "cobrar por este tipo de llamadas" (art. 21.II). A pesar de la aspiración de armonización plena (art. 4 Directiva), tendrán que ser los Estados los que determinen cuál es la tarifa básica o en su caso, exigir un número gratuito para el consumidor.

Si la transposición nacional de la norma no concreta este extremo, el comerciante podrá optar por cualquier alternativa, siempre que ello no suponga la eliminación u obstaculización del ejercicio de derechos por los consumidores (arts. 21.1 y 86.1 y 7 TR LGDCU). Esta discrecionalidad podría utilizarse de forma fraudulenta no para obtener ingresos adicionales a cuenta de las reclamaciones y solicitudes de información de los usuarios, -lo que está claramente prohibido- sino para disuadir de la presentación de las mismas, mediante la habilitación de servicios de atención al cliente a través de números de coste prohibitivo (ej. *call center* a través de un número de llamada internacional).

#### **C) Opciones sobre "tarifa básica": ¿puede el legislador imponer la gratuidad de la llamada a los servicios de atención al cliente?**

Los términos en los que se pronuncia el párrafo primero del artículo 21 de la Directiva 2011/83 permiten afirmar que los Estados pueden discrecionalmente establecer el coste de este servicio, con alguna limitación: no excederá de la "tarifa básica" y no supondrá la eliminación u obstaculización del ejercicio de derechos por los consumidores (Anexo 1,b Directiva 93/13, de cláusulas abusivas, arts. 21.1 y 86.1 y 7 TR LGDCU). Por tanto, en principio los Estados podrían imponer la gratuidad de las llamadas al servicio de atención al cliente (es decir, al consumidor que ha contratado), pero también al público en general (cfr. art. 60.4 TRLGDCU, cuya redacción se mantiene en el Anteproyecto). Así lo hacía el fallido proyecto de ley de regulación de los servicios de atención al cliente.

No es obstáculo a lo que acaba de afirmarse el párrafo segundo del mismo artículo 21 que prevé 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 efecto, los operadores de telecomunicaciones tienen derecho a cobrar por este tipo de llamadas, pero el coste puede ser repercutido al usuario llamante o al empresario llamado mediante números de marcación gratuita para el llamante.

Con todo, la exigencia de gratuidad del servicio telefónico de atención al público debería ser consensuada entre los Estados miembros de la Unión. Naturalmente, proporcionaría mayor protección a los usuarios, pero, adoptada unilateralmente, podría constituir un obstáculo al mercado único y en concreto, una traba a las empresas que pretendan prestar sus servicios en España.

## **2.2. En relación a los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil**

### **A) *Ámbito de aplicación (incluidos contratos fuera de establecimiento de escasa cuantía)***

*Propuesta: reflexión sobre la inclusión en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil de los contratos de escasa cuantía*

#### *Justificación*

A pesar de la aspiración de armonización plena de la Directiva (art. 4) y de la pretensión de impulsar las ventas transfronterizas y la protección del consumidor, se autoriza a los Estados a "no aplicar" la Directiva, "no mantener" o "introducir disposiciones nacionales equivalentes" sobre los contratos celebrados fuera del establecimiento si la cuantía a abonar por el consumidor no excede de cincuenta euros o de un valor inferior establecido por cada Estado (en España, hasta ahora el valor era de 48,08 euros ex art. 108,b TRLGDCU ) (art. 3.4). Se pretende no imponer cargas excesivas a los comerciantes.

Repárese en que esta exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva a contratos de escaso valor se refiere únicamente a contratos fuera de establecimiento mercantil y no a contratos a distancia.

El Anteproyecto se aparta notablemente de la regulación vigente respecto a contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil y del texto de la Directiva, ya que independientemente de su cuantía todos los contratos quedarán incluidos en las exigencias de información del TRLGDCU. Es este un extremo sobre el que se debería reflexionar, ¿es conveniente ampliar las cargas informativas a contratos de escaso valor? La respuesta debe estar en gran parte determinada por la posición adoptada por los demás Estados miembros.

### **B) Información sobre el coste de la técnica de comunicación a distancia utilizada**

*Propuesta: especificar en artículo 97.1,f, concepto "tarifa básica".*

En el texto del Anteproyecto comentado, se propone la siguiente redacción del artículo 97.1,f del TRLGDCU:

*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:*

*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*

*A efectos de evitar dificultades interpretativas y de incentivar la contratación a distancia, uno de los objetivos perseguidos por la nueva norma, se propone la definición del concepto "tarifa básica" en relación al coste de la técnica de comunicación utilizada.*

#### *Justificación*

En los contratos a distancia, el comerciante debe facilitar información sobre el coste de la técnica de comunicación utilizada para celebrar el contrato pero esto solo se requiere en caso "de que dicho coste se calcule sobre una base diferente a la tarifa básica" (art. 6,f Directiva y 97.1,f). Se desaprovecha la oportunidad de mejorar el nivel de protección de los consumidores y no se actúa de conformidad con el objetivo perseguido de incentivar la contratación a distancia. Como ya dispone el vigente artículo 97.1,a del TRLGDCU, el comerciante sólo tendrá que informar del precio de la técnica de comunicación a distancia utilizada si emplea números de tarificación adicional u otros números de tarificación distinta a la básica. De nuevo, se suscita la

duda sobre qué es "tarifa básica". Si la norma trata de potenciar la contratación a distancia debería determinar este extremo. ¿Es la "tarifa básica" de una llamada local, provincial, interprovincial o internacional? En cualquier caso, si la tarifa aplicada al medio de comunicación es "la básica" (entiéndase en cualquiera de sus modalidades), el comerciante no tiene el deber de informar. Ni se protege adecuadamente el derecho del usuario a la información, ni se incentiva adecuadamente la contratación a distancia por la inseguridad del usuario y su temor a incurrir en gastos desproporcionados asociados al medio de comunicación a distancia empleado.

Se recomienda especificar qué se entiende por "tarifa básica".

**C) Pactos de las partes sobre la información precontractual en los contratos a distancia (art. 97.5)**

*Propuesta: especificación de que sólo caben pactos de las partes sobre el contenido o la forma de la información precontractual, pero no sobre el deber de informar*

El artículo 97.5 del TRLGDCU en la redacción dada por el Anteproyecto establece:

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.

*Justificación*

La información precontractual se incorpora al contrato y no puede ser alterada, salvo que ambas partes "dispongan expresamente lo contrario" (art. 6.5 Directiva 2011/83 y 97.5 Directiva 2011/83), correspondiendo al comerciante probar el correcto cumplimiento de sus deberes informativos (art. 6.9 y 97.8 Anteproyecto) y en su caso, el pacto expreso de apartamiento del contenido de la información facilitada antes de la celebración del contrato.

Se ha de destacar que el pacto de las partes sólo puede modificar el contenido de la información (ej. modificación pactada de los precios ofrecidos en la fase precontractual, pacto sobre los procedimientos de entrega), pero en ningún caso puede alterar los deberes de información impuestos al prestador de servicios. A diferencia de otras Directivas (cfr. arts. 10.1 y 11.2 Directiva de comercio electrónico), la Directiva 2011/83 no se pronuncia expresamente en este sentido, pero en virtud de los principios básicos del Derecho de consumo, no se han de admitir pactos modificativos de los deberes de información o confirmación del contrato en los contratos con consumidores (art. 10 TRLGDCU).

Por ello, en aras de una mayor armonización normativa, se recomienda especificar esta exigencia en el artículo 97.5.

#### **D) Contratación telefónica**

*Propuesta: modificar la redacción del artículo 98.6 del TRLGDCU en los términos expuestos en los apartados siguientes, a fin de incrementar la seguridad y nivel de protección del usuario y correlativamente, incentivar la contratación a distancia.*

El artículo 98.6 del TRLGDCU tiene la siguiente redacción según el Anteproyecto comentado:

*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.*

Se propone la siguiente redacción:

6. En caso de que un contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 de este artículo, el empresario deberá confirmar la oferta al consumidor por escrito en soporte papel o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier otro soporte duradero. ~~El consumidor sólo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito.~~ La grabación sonora de la conversación no exime al empresario del deber de confirmación de la oferta en soporte duradero establecido en el presente artículo.

*Se recomienda la mención expresa de su carácter de contrato en el que el tiempo para facilitar información es limitado (art. 98.6 en relación a art. 98.4).*

Aunque es obvio que en la contratación telefónica, el tiempo para facilitar información es limitado y por ello, será aplicable el régimen previsto para este tipo de contratos (art. 8.4 Directiva 2011/83 y 98.4 Anteproyecto), resulta conveniente la remisión expresa para evitar cualquier conflicto de interpretación.

Una de las virtualidades de la nueva Directiva desde la perspectiva de la protección del consumidor se refiere a los deberes de información precontractual en la contratación telefónica. Por las circunstancias de esta forma de contratación, el tiempo para facilitar información es limitado. El comerciante no puede dar cuenta en la conversación telefónica de todas y cada una de las condiciones aplicables a la contratación. Hasta ahora esta carencia se ha colmado con la imposición del deber de facilitar dicha información o de enviarla en soporte duradero con antelación suficiente (cfr. art. 2 RD 1906/1999).

El artículo 8.4 de la Directiva 83/2011 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 antes de la celebración del contrato la información mínima determinante de la voluntad de contratar referida en las letras a),b),e),h) y o) del artículo 6. En la conversación telefónica se facilitará la información esencial (características principales del bien o servicio, identidad del comerciante, precio total, derecho de desistimiento, duración del contrato y condiciones de resolución). El resto de condiciones aplicables a la contratación celebrada telefónicamente habrá de facilitarse por otra técnica complementaria y apropiada a la técnica de comunicación utilizada (ej. envío en soporte papel u otro soporte duradero aceptado por el usuario).

*Confirmación de la oferta telefónica (art. 98.6 Anteproyecto y 8.6 Directiva)*

*Propuesta 1ª:* establecer que el empresario debe confirmar la oferta contractual realizada telefónicamente por escrito en soporte papel o en cualquier otro soporte duradero, salvo oposición expresa del consumidor. No obstante, la exigencia de confirmación no debe impedir la perfección del contrato por vía telefónica, si el usuario consiente.

*Propuesta 2ª:* especificar que la grabación sonora de la conversación no es un soporte duradero a efectos del cumplimiento de los requisitos formales impuestos a los empresarios en relación a la confirmación de la oferta o del contrato celebrado telefónicamente.

*Art. 8.6 Directiva 2011/83.* "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".

*Artículo 98.6 Anteproyecto.* "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".

*3ª Propuesta:* Eliminar la exigencia de firma y envío de acuerdo por escrito para que el usuario quede vinculado por el contrato telefónico

*Justificación de las propuestas*

Se propone una mejora de la redacción estableciendo que el empresario debe confirmar la oferta contractual realizada

telefónicamente por escrito en soporte papel o en cualquier otro soporte duradero (fax, correo electrónico, SMS...), salvo oposición expresa del consumidor (propuesta 1ª). En aras de la claridad normativa y aprovechando que la norma define el concepto de "soporte duradero" (nuevo artículo 59 quáter TRLGDCU), convendría utilizar esta expresión y no la de "soporte de naturaleza duradera".

Por otro lado, se detecta cierta confusión entre confirmación por escrito y confirmación en soporte duradero. El anteproyecto establece como alternativas la confirmación en soporte escrito o en soporte de "naturaleza duradera", cuando en realidad son una misma forma de confirmación (soporte duradero). La Directiva autoriza a los Estados para exigir la confirmación de la oferta en soporte duradero. Y este soporte duradero ha de ser siempre legible (arts. 8.1 y 8.6 Directiva 2011/83 y 98.1 Anteproyecto). La exigencia de confirmación escrita ya incluye la mención a un soporte duradero y legible (soporte papel, memoria USB, correo electrónico...). Diríase que, al igual que para los contratos fuera de establecimiento mercantil (art. 99.1), lo que pretende el regulador es que la confirmación de la oferta telefónica se realice (por escrito) en soporte papel o en cualquier otro soporte duradero (ej. correo electrónico), salvo oposición expresa del usuario. Por ello, se propone que la redacción del artículo 98.6 incluya la mención expresa al soporte papel o a cualquier otro soporte duradero (que siempre ha de ser legible), salvo oposición expresa del consumidor.

Como segunda propuesta, se recomienda especificar que la grabación sonora de la conversación no es un soporte duradero a efectos del cumplimiento de los requisitos formales impuestos a los empresarios en relación a la confirmación de la oferta o del contrato celebrado telefónicamente. En otros términos, dado que el soporte duradero ha de ser siempre legible (arts 8.1 Directiva y 98.1 Anteproyecto), la grabación de la conversación telefónica no es un soporte duradero que sirva para confirmar la oferta contractual y por tanto, no basta para entender cumplidos los deberes del empresario en relación a la información precontractual.

Es éste uno de los aspectos de la redacción del Anteproyecto que ha suscitado mayor polémica social. En los medios de comunicación se ha presentado como una forma de poner "coto" a la contratación telefónica de luz, gas y servicios de telecomunicaciones<sup>4</sup>. Sin embargo, esta exigencia se ha de valorar en su contexto. Frecuentemente y a pesar de que la normativa nacional ya exige el envío de la información precontractual en soporte duradero con antelación suficiente, este deber no se cumple y se han generalizado prácticas fraudulentas como el *slamming* (alta no consentida en servicios de telecomunicaciones). Por ello, desde la perspectiva de la protección de los consumidores, es bienvenida la imposición de confirmación escrita de la oferta. Sin

---

<sup>4</sup> <http://www.expansion.com/2013/04/19/empresas/1366374248.html>

embargo, se ha de distinguir entre confirmación escrita de la oferta y perfección telefónica del contrato.

En el nuevo contexto, la grabación sonora servirá para probar el consentimiento del usuario para la celebración del contrato en los términos previstos por la legislación civil y procesal, pero no servirá para justificar el cumplimiento de los deberes de confirmación de la oferta (arts. 8.1 Directiva y 98.1 Anteproyecto) ni del contrato (art. 8.7,a Directiva y 98.7 Anteproyecto).

Por último, se ha propuesto eliminar la exigencia de firma y envío de acuerdo por escrito para que el usuario quede vinculado por el contrato telefónico

Como se ha dicho, es éste uno de los aspectos más polémicos y controvertidos del Anteproyecto. La exigencia de firma puede constituir un grave obstáculo para el desarrollo de sectores como el de las telecomunicaciones, uno de cuyos pilares de negocio ha sido la portabilidad, que para telefonía móvil se debe realizar en el plazo de un día.

Ciertamente, el artículo 8.6 de la Directiva no pone las cosas fáciles a los legisladores nacionales. Diríase que tiene dos partes de distinto valor: primero y en contra de la pretensión de armonización plena (art. 4) autoriza a los Estados a exigir la confirmación escrita de la oferta en caso de que el contrato a distancia vaya a celebrarse por teléfono (“los Estados miembros *podrán* establecer que el comerciante ha de confirmar la oferta al consumidor”); en la segunda parte se afirma que el consumidor “solo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito”. Cabe plantearse si esta exigencia de firma se aplica únicamente a los casos en los que los Estados hayan exigido la confirmación escrita de la oferta o es un requisito exigible en cualquier caso. Una interpretación sistemática del precepto conduce a afirmar que los Estados tienen la potestad de condicionar la perfección del contrato a la firma, en los términos previstos en su Derecho contractual. En otros términos, en contra de la pretensión de armonización plena (art. 4) y de forma coherente con su propósito de no afectar a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional (art. 3.5), la Directiva 2011 admite que los Estados miembros exijan la confirmación de la oferta en soporte duradero y condicionen la validez del contrato telefónico a la firma (manuscrita o electrónica) por el consumidor de la oferta o del acuerdo enviado por escrito (art. 8.6).

En España, el artículo 2 del RD 1906/1999 ya exigía la confirmación de la oferta telefónica en soporte duradero legible cuando se utilizan condiciones generales de la contratación, de modo que, como mínimo tres días naturales antes de la celebración del contrato, el operador ha de facilitar al adherente información sobre “todas y cada una de las cláusulas del contrato” y remitirle “por cualquier medio adecuado a la

técnica de comunicación a distancia utilizada, el texto completo de las condiciones generales". Sin embargo, condicionar la existencia, validez y eficacia del contrato ("solo quedará vinculado") a la firma y envío del acuerdo por escrito supone reducir la vía telefónica a una simple fuente de información o publicidad, pero no admitirla como técnica de perfección del contrato. Esto resulta muy extraño en el Derecho general de contratos en el que rige el principio de libertad de forma (arts. 1254 y 1278 CC) y un obstáculo a la práctica habitual de algunos sectores en los que está asentada la contratación telefónica e incluso el comienzo de la prestación del servicio de forma inmediata a la celebración del contrato por vía telefónica (ej. telecomunicaciones, seguros), sin perjuicio del reconocimiento al usuario del derecho de desistimiento en los casos de incumplimiento por el empresario de sus deberes de información y confirmación del contrato (arts. 2,3 y 4 RD 1906/1999).

Sin perjuicio de que el legislador español tenga potestad suficiente para aprobar una regla como la contenida en el artículo 98.6 proyectado, desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, esta exigencia puede tener un efecto perverso para empresas y consumidores. Supondrá un importante incremento de cargas para los empresarios, -que probablemente repercutirán a los clientes-, y ralentizará sectores firmemente asentados sobre el dinamismo de la contratación telefónica (ej. portabilidad móvil), con el consiguiente perjuicio para los usuarios, pero además puede constituir un importante obstáculo al desarrollo del comercio interior y de la competencia en el mercado único. Si el resto de los Estados comunitarios no optan por la misma alternativa, las empresas intracomunitarias tendrán escasos incentivos para participar en el mercado español que pone trabas a la contratación telefónica y correlativamente, los usuarios se verán privados de los beneficios de la máxima competencia en el mercado.

Por todo ello, se propone la eliminación del artículo 98.6 del texto: "El consumidor sólo quedará vinculado una vez que haya firmado la oferta o enviado su acuerdo por escrito".

**E) Contratos por medio de técnicas con espacio limitado para facilitar información (art. 98.4 Anteproyecto)**

*Propuesta: Remisión expresa del artículo 98.4 del Anteproyecto al artículo 27.1.III de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información a fin de alcanzar una mejor diferenciación entre la regulación de los servicios contratados por medio de técnicas con espacio o tiempo limitado y los servicios diseñados específicamente para ser accedidos mediante esta técnicas con espacio limitado.*

*Artículo 98.4 Anteproyecto.* "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, sin perjuicio de lo

establecido en el artículo 27.1 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información, 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”.

### *Justificación*

Es cada vez más frecuente la celebración de contratos a través de técnicas de comunicación en las que el espacio o el tiempo para facilitar la información es limitado (ej. compras a través de SMS, suscripción a servicios de descargas de contenidos para terminales móviles). La limitación del medio (restricción del número de caracteres por pantalla reducida) o del tiempo (anuncio televisivo o llamada telefónica) no puede suponer la renuncia del consumidor a su derecho a la información. Por ello, la nueva Directiva obliga al comerciante a facilitar en el soporte específico utilizado y antes de la celebración del contrato la información mínima determinante de la voluntad de contratar referida en las letras a), b), e), h) y o) del artículo 6. El resto de la información se deberá facilitar “de una manera apropiada” a la técnica de comunicación utilizada (ej. remisión a una web con la información completa sobre el servicio y a solicitud del interesado, número telefónico o envío en soporte papel u otro soporte duradero de todas las condiciones aplicables al contrato) (art. 8.4). El artículo 98.4 del Anteproyecto especifica la información que se debe facilitar en el “soporte específico” utilizado para contratar.

En su propósito de impulsar la contratación electrónica, el artículo 27.1.III de la Ley española de Servicios de la Sociedad de la Información ya contiene obligaciones especiales para aquellas empresas que diseñen específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido [ej. servicios de descarga de contenidos (logos, tonos, politonos, juegos, vídeos...) o servicios de alerta para terminales de telefonía móvil]. En estos casos, la obligación de poner a disposición del destinatario información sobre los trámites del procedimiento contractual (ej. pasos a seguir, mecanismos de corrección de errores) se entiende cumplida cuando se facilite “de manera permanente, fácil, directa y exacta la dirección de Internet en que dicha información es puesta a disposición del destinatario”. En consecuencia, el prestador de estos servicios cumple su deber de información sobre los trámites de la contratación si facilita la dirección de la web en la que se puede acceder a tal información.

Obsérvese que la flexibilización en cuanto al medio utilizado para poner a disposición la información se refiere a aquellos casos en los que “el prestador diseñe específicamente sus servicios de contratación electrónica para ser accedidos mediante dispositivos que cuenten con pantallas de formato reducido”. La flexibilización de las exigencias en materia de información precontractual no ha de ser aplicable a servicios no diseñados específicamente para ser accesibles mediante dispositivos de pantalla reducida o para los que este medio es simplemente un instrumento de contratación (ej. contratación de servicios de telefonía vocal, de acceso a Internet o alta en nuevos planes de precios u ofertas mediante el envío de SMS al número indicado por el operador). En estos casos, el terminal con pantalla de formato reducido es sólo uno de los medios para celebrar el contrato, que también puede celebrarse de forma presencial, vía telefónica, por correo ordinario o a través de la web del operador. El servicio (telefónico o de datos) no ha sido diseñado específicamente para ser accedido mediante un dispositivo de pantalla reducida. Por ello, el operador deberá poner a disposición del destinatario la información de forma fácil y gratuita, mediante una técnica adecuada al medio de comunicación utilizado (ej. envío de un SMS informativo sobre los trámites de contratación).

En cualquier caso, hayan sido o no diseñados los servicios específicamente para ser accesibles mediante dispositivos de pantalla reducida, el prestador del servicio deberá informar sobre su identidad, las características principales del bien o servicio, el precio y la duración del contrato “en ese soporte específico” y podrá utilizar soportes complementarios para el resto de información sobre el contenido del contrato del artículo 97 (art. 8.4 Directiva y 98.4 Anteproyecto). Conforme a la normativa española vigente, la información sobre el procedimiento de contratación podrá facilitarse a través de la indicación de un enlace electrónico sólo si se trata de un servicio diseñado específicamente para ser accedido a través de un soporte de pantalla reducida.

Por todo ello y sin perjuicio de la cláusula genérica del artículo 98.10 (“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”), convendría que el artículo 98.4 del Anteproyecto se remitiera expresamente al artículo 27.1.III de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información.

**F) Consecuencias del incumplimiento de deberes de información precontractual y confirmación del contrato (arts. 99.5 y 108)**

*Propuesta: previsión de consecuencias civiles de incumplimiento de deberes para cualquier tipo de contratos y en particular para los contratos a distancia; cambio de ubicación del artículo 108; modificar la redacción del artículo 98.*

### *Justificación*

Resulta curiosa la ubicación dentro del texto del Anteproyecto de los preceptos relativos a las consecuencias civiles del incumplimiento de los deberes impuestos sobre información precontractual y confirmación del contrato. No se prevén con carácter general estas consecuencias civiles del incumplimiento. Se establece la nulidad como consecuencia del incumplimiento de deberes de información sobre el derecho de desistimiento, de confirmación del contrato a distancia (art. 108) y de facilitar información precontractual y de confirmar el contrato fuera de establecimiento mercantil (art. 99.5). En principio, esta nulidad no es predicable ni del incumplimiento de deberes sobre información precontractual en los contratos a distancia ni del incumplimiento de cualquier tipo de deber en el resto de contratos.

Salvo mejor criterio del legislador, no hay razón para hablar de nulidad en el caso del incumplimiento de deberes formales en relación a los contratos fuera de establecimiento mercantil (art 99.5) y no aplicar la misma consecuencia al incumplimiento de los mismos deberes en relación a los contratos a distancia (cfr. art. 98).

Tampoco existe justificación para establecer la nulidad del contrato a distancia por incumplimiento de deberes de confirmación del contrato en el artículo 108, incluido en el capítulo dedicado al derecho de desistimiento. Su lugar apropiado sería el artículo 98.

Por todo ello, se propone modificar el artículo 98 para incluir las consecuencias del incumplimiento de deberes formales en relación a los contratos a distancia y en su caso, equiparar estas consecuencias (nulidad a instancia del consumidor) con las previstas para los contratos fuera de establecimiento (art. 99.5).

## **2.3. En relación a los contratos en general**

### **A) Definición de contrato de servicios (art. 59 ter)**

*Propuesta. Eliminación del concepto de contrato de servicios o nueva definición.*

*Artículo 59 ter. Concepto de contrato de servicios. 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.*

### *Justificación*

Ciertamente, el Anteproyecto se limita a reproducir la definición del artículo 2.6 de la Directiva, pero no es menos cierto que la definición encierra una tautología que poco aporta al concepto definido.

En nombre de la adecuada técnica legislativa, sería preferible eliminar esta definición o en su caso, buscar otra que realmente defina el concepto de contrato de servicios.

**B) Definición de contrato de suministro de calefacción, luz, agua, gas no envasado y contenido digital en soporte no material**

*Propuesta: definición del contrato de suministro.*

Aunque la Directiva así lo prevé (cdo. 19), conforme a las definiciones de los artículos 59 bis y 59 ter, los contratos de suministro de calefacción, luz, agua o gas no envasado o contenidos digitales en soporte no material quedan en una especie de "terreno de nadie". No son contratos de venta de bienes, pero tampoco de prestación de servicios. Lo que obliga a mencionarlos expresamente en el texto normativo al regular los deberes de información, de confirmación del contrato o el derecho de desistimiento. Si se introduce una definición general de estos contratos, no sería necesaria tal mención expresa en cada caso concreto, salvo cuando las peculiaridades del contrato lo requirieran.

**C) Soporte duradero (art. 59 quáter y 2.10 Directiva 2011/83)**

*Propuesta: definición de soporte duradero más clara y tuitiva de los derechos de los consumidores. No basta que permita guardar la información durante un tiempo acorde con la finalidad de la información, sino acorde con la adecuada protección de los derechos de los consumidores.*

El artículo 59 quáter define el concepto de soporte duradero en términos casi idénticos a los del artículo 2.10 de la Directiva:

*Artículo 59 quáter. Concepto de soporte duradero. 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.*

*Justificación*

Es importante que la definición de soporte duradero ponga de manifiesto que la información debe quedar guardada durante todo el tiempo necesario para la adecuada protección de los derechos de los consumidores. Ciertamente, esta finalidad se deduce de la definición proyectada, pero resulta más claro y tuitivo de los derechos de los consumidores especificar esta exigencia o incluso poner algún ejemplo. Así, en los contratos de prestación de servicios, durante todo el tiempo de duración del contrato y hasta la completa finalización de la relación contractual o en los contratos de venta, al menos, durante el tiempo

de duración de la garantía. Se pretende así excluir algunas prácticas adoptadas por ciertos establecimientos comerciales que entregan el ticket de compra impreso en tinta que pronto se borra, de modo que, en caso de que el usuario tenga que hacer valer las garantías (legales o comerciales), no puede acreditar ni la adquisición en el establecimiento, ni la fecha de adquisición.

#### **D) Gastos adicionales (art. 60.1,c)**

*Propuesta: mención expresa en el artículo 60.1,c de los gastos asociados al medio de pago empleado.*

El artículo 60.1,c transpone el artículo 5 de la Directiva (información precontractual en contratos en general), con la siguiente redacción:

*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 asociados al medio de pago empleado] 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 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.*

#### *Justificación*

Al exigir información sobre los medios de pago, ni el artículo 5.1,f ni el artículo 6.1,g de la Directiva, exigen expresamente información acerca de posibles tasas o comisiones que puedan gravar la utilización de alguno de los medios de pago, cuya cuantía no podrá exceder del coste en que incurra el comerciante (art. 19). Este es un dato importante que el consumidor puede sopesar a la hora de contratar. Su ocultación en fase precontractual impide al consumidor valorar todas las circunstancias significativas y determinantes de su voluntad de contratar (ej. el usuario piensa que pagar con tarjeta visa, que implica un aplazamiento del pago, no le va a suponer coste alguno y al celebrar el contrato comprueba que no es así).

En los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil, el deber de facilitar información precontractual sobre los gastos asociados al medio de pago deriva del artículo 6.1.e de la Directiva que obliga a informar sobre los gastos de transporte, entrega o postales y "cualquier otro gasto". Correlativamente, si el comerciante no ha cumplido los requisitos de información precontractual, el

consumidor no deberá abonar los gastos o tasas asociadas al medio de pago utilizado (art. 6.6 Directiva).

Por el contrario, no se contempla una previsión similar en el artículo 5.1,d de la Directiva para otros contratos, limitándose a requerir información sobre “los gastos de transporte, entrega o postales”. ¿Significa esta omisión que en un contrato presencial, el comerciante no debe informar sobre los gastos o tasas asociadas al medio de pago empleado (ej. tasa por pago con tarjeta)? Obviamente no y así se deduce del segundo párrafo del artículo 60.1,b y del nuevo artículo 60.bis (pagos adicionales sobre los que el usuario ha de consentir).

Tanto la vigente Orden EHA/1608/2010, de transparencia de las condiciones y requisitos de información aplicables a los servicios de pago, como la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios imponen obligaciones en materia de transparencia cuando el beneficiario del pago traslade al ordenante los gastos asociados al mismo (art. 4 Orden EHA/1608/2010 y arts. 3, 7.3,c Orden EHA/2899/2011).

Con todo, en nombre de la claridad normativa, conviene exigir que la información precontractual contenga este extremo, como sí se exige en el nuevo artículo 97.1,e relativo a los contratos a distancia y fuera de establecimiento mercantil.

#### **E) Duración del contrato (art. 60.2,f y 97.1,p)**

*Propuesta: inclusión en el artículo 60.1,f y 97.1,p de información relativa a las cláusulas de permanencia y penalización en caso de baja anticipada.*

*Artículo 60.2,f Anteproyecto. 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:*

*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;*

*Artículo 97.1,p Anteproyecto. 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:*

*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;*

### *Justificación*

La información exigida por la Directiva respecto a la duración del contrato es excesivamente parca. Se exige informar sobre la duración del contrato y las cláusulas de permanencia (duración mínima de las obligaciones del consumidor), así como sobre las condiciones de resolución en los contratos de duración indeterminada o que se prorrogan de forma automática (arts. 5.1,f y 6.1, letras o y p). Sin embargo, conocida la experiencia en sectores especialmente problemáticos (ej. telecomunicaciones), independientemente de la forma de celebración (presencial, a distancia o fuera del establecimiento mercantil) y de su duración determinada o indeterminada, se echa en falta una mención expresa en la información precontractual a las cláusulas de penalización en caso de baja anticipada, así como información sobre el procedimiento para causar baja.

Esta carencia se supera si acudimos a la Directiva de servicios, que impone el deber general de informar sobre "condiciones y cláusulas generales, en su caso, utilizadas por el prestador" (art. 22.1,f), deber que incluye obviamente las cláusulas de penalización. En mi opinión, esta diferencia entre la nueva Directiva y la Directiva de servicios no incurre en un conflicto entre disposiciones que conlleva la prevalencia de la nueva Directiva ex art. 6.8.II<sup>5</sup>, por lo que el comerciante deberá facilitar información precontractual no sólo sobre la duración de los contratos (determinada o indeterminada), sino también sobre las condiciones de resolución, procedimiento para causar baja anticipada y cláusulas de penalización en los términos establecidos por la Directiva de servicios o las normas nacionales de transposición (art. 6.8 Directiva 2011).

Por estas razones, en aras de una mayor armonización normativa, se recomienda introducir una mención expresa a las condiciones y cláusulas generales utilizadas por comerciante o prestador de servicios y en particular, referencia a las cláusulas de permanencia y penalización por baja anticipada en los preceptos del Anteproyecto dedicados a exigir información precontractual sobre la duración del contrato (arts. 60.1,f y 97.1,p).

### ***F) Posibilidad de los empresarios de incrementar el nivel de protección (art. 92.3 Anteproyecto)***

---

<sup>5</sup> Sobre la relación entre estas Directivas, v mi trabajo "Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la Directiva 2011/83/UE. Relación con la Directiva de comercio electrónico y la Directiva de servicios", Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 1, 2012, págs.. 45-60 (<http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/10>).

*Propuesta: Ampliar a cualquier tipo de contrato la posibilidad de que los empresarios incrementen voluntariamente el nivel de protección (art. 92.3 anteproyecto y 3.6 Directiva 2011/83).*

La Directiva, que aspira a la armonización plena y por ello y con carácter general, no es una norma de mínimos para los Estados miembros, sí lo es para los comerciantes que podrán ofrecer condiciones contractuales que garanticen a los consumidores mayor protección que la otorgada por la Directiva (art. 3.6). Sin embargo, el Anteproyecto no hace mención expresa a esta posibilidad.

Ciertamente, el artículo 92.3 se refiere a esta posibilidad, estableciendo que "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".

No se entiende bien el sentido de este precepto: ¿por qué limitar la posibilidad de introducir cláusulas más beneficiosas para el usuario a los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil? La Directiva 2011/83 no contiene esta limitación y su artículo 3.6 es aplicable a cualquier contrato.

Por ello, se recomienda la transposición del artículo 3.6 de la Directiva 2011/83, contemplando expresamente la posibilidad de que los comerciantes o prestadores de servicios puedan ofrecer a los consumidores condiciones contractuales que garanticen mayor protección que la otorgada por la ley.