



**TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE
CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL SECTOR DE
TELECOMUNICACIONES, ENERGÍA Y AGUA**

Madrid, 18 de noviembre de 2013

EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES, ENERGÍA Y AGUA

Se me requiere para que, a la luz del contenido del Proyecto de Ley que modifica el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, analice el impacto de esta reforma legislativa en el sector de telecomunicaciones, energía y agua.

Según fuentes del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en el año 2012 se produjeron más de 350.000 reclamaciones en Asociaciones de Consumidores y 75.000 en Juntas Arbitrales de Consumo, en los sectores de telecomunicaciones, energía, agua y seguros.

Como las quejas de los consumidores no son privativas de nuestro país, el 25 de octubre de 2011 se aprobó la Directiva 2011/83/UE, de Derechos de los Consumidores, cuya fecha límite de transposición al ordenamiento jurídico nacional vence el próximo 13 de diciembre.

Por este motivo, el viernes 11 de octubre se aprobó por el Consejo de Ministros el Proyecto de Ley por el que se reforma el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

La principal novedad y también la más polémica por la afectación que tiene sobre los sectores económicos más concernidos por la reforma es la proscripción de la contratación por medios exclusivamente telefónicos. Así, a partir de la entrada en vigor de la reforma, en junio de 2014, sectores especialmente habituados a la contratación telefónica, tendrán que diferir la perfección contractual a la posterior remisión por parte del consumidor de un documento escrito o de otro soporte duradero, que acredite la perfección del pacto.

Así mismo, de prosperar la actual redacción, surge inevitablemente la pregunta sobre como acreditar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la nueva regulación. Para ello, en mi opinión, hay que contar necesariamente con la intervención de una tercería. Varios son los motivos que me llevan a este convencimiento.

En primer lugar, no hay que olvidar las cuestiones de política legislativa; los motivos que llevan al legislador comunitario a promulgar la Directiva son, por un lado, impulsar la protección de los consumidores y usuarios europeos y, por otro, impulsar la consolidación del mercado interior, eliminando las disparidades existentes en las normativas de los distintos estados miembros.

Para lograr dicho propósito se imponen tres tipos de obligaciones: (i) de información al consumidor antes de la formalización; (ii) específicas de formalización y (iii) de puesta a disposición del consumidor de instrumentos para la acreditación de la existencia del pacto alcanzado.

De las tres obligaciones enunciadas, dos se refieren a la efectiva puesta a disposición del consumidor: de información, en un caso, y de un documento o soporte duradero acreditativo del acuerdo, en el otro.

En adición, se impone la carga de la prueba del cumplimiento de estas obligaciones al empresario, es decir, el empresario habrá de acreditar que ha informado al consumidor antes de la formalización y que ha entregado a éste un instrumento de acreditación del pacto tras la formalización. La imposibilidad por parte del empresario de acreditar la previa remisión de información o de remitir al consumidor instrumento acreditativo del pacto, serán sancionadas, de acuerdo con el contenido del Proyecto de Ley, con la nulidad del contrato.

Teniendo presente que el grueso de la reforma se refiere a relaciones entre ausentes, para que el empresario pueda cumplir con estas dos obligaciones requerirá necesariamente del concurso de una tercería que certifique su cumplimiento. De no ser así, ante una controversia entre las partes sobre su cumplimiento, la acreditación del mismo dependerá de la buena fe del consumidor o de la simple declaración del obligado.

Si nos atendemos a la redacción actual del proyecto, que opta por la asunción de la carga de la prueba por el empresario, es presumible que la dilucidación de las controversias sin el concurso de tercerías, se salden a favor de los consumidores.

En relación con el tercer grupo de obligaciones, las de formalización, si tenemos presente que la emisión del acto de voluntad por los consumidores se produce sobre un texto que visualizan en pantalla, siempre puede surgir controversia sobre el concreto contenido de lo visualizado. ¿Que pasaría si un consumidor afirma que su consentimiento se refería a un texto distinto al sostenido por el empresario?.

Parece que de nuevo, la única posible solución pasa porque sea un tercero distinto del empresario el encargado de proponer mediante visualización el concreto clausulado y de obtener una declaración de voluntad sobre el mismo. Esta declaración debe ser firmada electrónicamente conforme a lo establecido en la vigente Ley 59/2003, de 19 de diciembre y, por tanto, atribuible a la persona física que formalice el contrato. Para ello, se deberán recabar estas declaraciones de voluntad de acuerdo al menos con los

requisitos identificativos mencionados en el artículo 3.1 de la Ley 59/2003, de Firma Electrónica.

En consecuencia, no se aceptarán como actos de voluntad los simples *clicks* en un botonado de una pantalla (cualquiera puede emitir ese acto de voluntad sin la aquiescencia del supuesto firmante), no cumpliendo tampoco los requisitos normativos de identidad la remisión de códigos de operación por el mismo canal que se envía el texto a formalizar. En estos casos se obtiene un acto de voluntad de una dirección electrónica, y no de una concreta persona física. Si se remite por cualquier circunstancia el contrato a una dirección errónea, el receptor siempre podría formalizar el contrato, aunque no sea el legítimo destinatario de la transacción. Sería, por entendernos, como mandar una caja fuerte con la llave pegada con celo en un costado; quien la recibe siempre podrá abrirla. En consecuencia, tampoco en este caso se cumpliría con los requisitos identificativos a los que obliga la vigente Ley de Firma Electrónica.

De no ser así, el procedimiento de contratación quedaría viciado por unilateralidad o falta de valor probatorio en el proceso de generación y custodia del acto de voluntad del consumidor. Por el mismo motivo, el legislador comunitario ha optado por proscribir las contrataciones exclusivamente telefónicas; la unilateralidad en el proceso de generación y custodia del instrumento acreditativo del pacto.

En definitiva, el empresario habrá de acreditar el cumplimiento de determinadas obligaciones sobre la formalización de pactos entre ausentes. Para lograrlo, habrá de optar entre la simple declaración de cumplimiento, que ante cualquier controversia devendrá, presumiblemente, insuficiente o por la interposición de una tercería de las reguladas en el artículo 25 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que cerrará cualquier discusión sobre el efectivo cumplimiento de estas obligaciones empresariales.

José María Anguiano

Socio de Garrigues