

La contratación telefónica con consumidores tiene los días contados

Ana Isabel Mendoza Losana

Profesora contratada doctora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Departamento de Gestión de Conocimiento de Gómez-Acebo & Pombo

De salir adelante 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, en los términos dados a conocer por el Gobierno, puede vaticinarse el fin de la contratación telefónica con consumidores.

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 97/7¹. 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 Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. El primer borrador de este Anteproyecto data de finales de julio de 2012². 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.

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 por su impacto social y económico³. 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:

1. Deberes de información. Se amplía la información precontractual que, por ley, habrá que

1 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>)

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

3 Una exposición más detallada sobre el contenido del Anteproyecto y algunas propuestas para su mejora puede verse en mi trabajo "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 de los usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el real decreto legislativo 1/2007", publicado en el blog del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de Castilla-La Mancha (<http://blog.uclm.es/cesco/>).

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);

2. 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);

3. 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);

4. 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), 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).

5. 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.

El artículo 98.6 del Anteproyecto establece que "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".

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. La exigencia de firma o de envío de acuerdo por escrito 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. En este nuevo contexto, la grabación sonora no servirá para probar la emisión del consentimiento contractual y correlativa vinculación del cliente al contrato, ni como justificante del 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).

Conforme al artículo 8.6 de la Directiva, los Estados tienen la potestad de condicionar la perfección del contrato a la firma, en los términos previstos en su Derecho contractual. 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, 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, —que quedará expresamente derogado por la nueva ley— 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 empresario debía 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.