

LOS CONSUMIDORES ACOGIDOS A SUMINISTROS DE ÚLTIMO RECURSO DE LUZ Y DE GAS TAMBIÉN TIENEN DERECHO A OBTENER JUSTIFICANTE DEL CONTRATO¹

Ana I. Mendoza Losana

Profesora contratada doctora de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 31 de julio de 2013

1. Motivo de la consulta

Desde los servicios de consumo de una administración autonómica se solicita a CESCO dictamen sobre la negativa de las empresas comercializadoras de último recurso de gas natural (en adelante, CUR) a entregar a los consumidores acogidos a este tipo de suministro el justificante del contrato.

Ante las numerosas reclamaciones relativas a contratos de suministro de gas de último recurso, la Administración autonómica requiere a las empresas los contratos firmados por los clientes. Pero las CUR manifiestan que “no tienen obligación de realizar contrato con el consumidor, ya que está regulado, que todas las personas que no optaron por contratar con las comercializadoras libres (en cuyo caso sí hay contrato) pasaban a ser suministrados por la comercializadora de último recurso de la zona”.

Los servicios de consumo defienden una interpretación distinta considerando que también se debería facilitar copia del contrato al consumidor acogido al suministro de último recurso y se sanciona a las CUR por no aportar los contratos realizados con los reclamantes.

¹ 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

Aunque la consulta se refiere al suministro de gas natural de último recurso, hemos considerado oportuno ampliar el objeto de esta consulta al suministro de energía eléctrica de último recurso.

2. Normativa aplicable

Energía eléctrica

- Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (BOE núm. 285, 28 noviembre 1997) (LSE): arts. 10.1, 18, 44.2 y 45, de este último, especialmente art. 45.1, f) que obliga a los comercializadores a “tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente”, DA 24^a;
- RD 1955/2000, de 1 de diciembre, regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica (BOE núm. 310, 27 diciembre 2000);
- Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica (BOE núm. 82, 4 abril 2009) (RD 485/2009): especialmente, art. 5 ;
- Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica (BOE núm. 151, 23 junio 2009): especialmente, el artículo 4;
- Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, regula las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión (BOE núm. 313, 31 diciembre 2002).

Suministro de gas natural

- Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Hidrocarburos (BOE núm. 241, 8 octubre 1998) (LH): arts. 57 y 57 bis (en redacción dada por Real Decreto Ley 13/2012); 81 y 82;
- Ley 12/2007, de 2 de julio, que modifica la Ley 34/1998, de 7-10-1998, del Sector de Hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26-6-2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural (BOE núm. 158, 3 julio 2007): DT 5^a (calendario de adaptación a TUR);
- Orden ITC/1251/2009, que dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de abril de 2009, mediante el que se modifica el calendario al que

hace referencia la disposición transitoria quinta de la Ley 12/2007 (BOE núm. 123, 21 mayo 2009);

- Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural (BOE núm. 313, 31 diciembre 2002): art. 44;
- RD 104/2010, de 5 de febrero, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector del gas natural
- Orden ITC/2309/2007, de 30 de julio, Establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de gas natural (BOE núm. 182, 31 julio 2007).

Disposiciones comunes

- Real Decreto Legislativo 1/2007, 16 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) (BOE núm. 287, 30 noviembre 2007): especialmente, arts. 59, 62 y 63.
- Legislación autonómica de consumo.

3. Del suministro a tarifa al suministro de último recurso

Históricamente los suministros energéticos han sido servicios públicos de titularidad estatal prestados en régimen de monopolio. Tras los procesos de liberalización impulsados por la Unión Europea, el suministro y el resto de actividades asociadas (producción, transporte y distribución, almacenamiento y gasificación) se califican como servicios de interés general prestados en régimen de competencia. Esta calificación tiene importantes implicaciones que delimitan la celebración y contenido del contrato:

- a) Se garantiza el suministro a todos los consumidores, así como el derecho al acceso a las redes de transporte y distribución en las condiciones que se determinen reglamentariamente por el Gobierno en colaboración con las Comunidades Autónomas (arts. 10.1.I y 42 LSE y 57 LH), incluso se establecen bonificaciones de precios para ciertos colectivos socialmente desfavorecidos (bono social, RD-ley 6/2009 y Resolución Secretaría Estado Energía 29 junio 2009);

- b) La denegación del suministro y su interrupción sólo podrá producirse si concurren causas tasadas (art. 42, 50 LSE y arts. 41.1,b, i), 43.2, 45 y 85 RD 1955/2000, para energía eléctrica; arts. 57 LH y 32 RD 1434/2002, para gas natural);
- c) Se distinguen dos tipos de consumidores: los acogidos a tarifa de último recurso (TUR), equivalentes a los antiguos contratos a tarifa, suministrados por el comercializador de último recurso (CUR) de su elección o determinado por el regulador (art. 44.2 Ley 54/1997 y 4 RD 485/2009; art. 57 LH y 2 RD 104/2010) y los consumidores en el mercado libre, suministrados por el comercializador libremente elegido (arts. 10.1 y 18 Ley 54/1997). Esta opción sólo se ofrece a consumidores domésticos que no superen los umbrales establecidos (≤ 10 kW de potencia contratada, arts. 10.1, DA 24ª Ley 54/1997, 1.3 y DA 11ª RD 485/2009 y consumidores conectados a gasoductos de presión ≤ 4 bar y consumo anual < 50.000 kWh, art. 82 LH, DT 5ª Ley 12/2007 y Orden ITC/1251/2009). El resto de consumidores tendrá que elegir comercializador y contratar en el mercado libre (consumidores industriales, profesionales o domésticos que no quieran o no puedan acogerse a las TUR);
- d) El tránsito del suministro a tarifa a suministro TUR está regulado y plantea problemas de aplicación debido a que la gran mayoría de los usuarios no ha formalizado nuevos contratos. Respecto a energía eléctrica, a partir del 1 de julio de 2009, se consideran “automáticamente extinguidos todos los contratos de suministro a tarifa suscritos entre los distribuidores y los consumidores” y se reconoce a los consumidores el derecho a formalizar un nuevo contrato de suministro con un comercializador o con un CUR (art. 4.2 Orden ITC/1659/2009). Los consumidores que no hubieran ejercido ese derecho pasan automáticamente a ser suministrados por el CUR correspondiente según la asignación reglamentaria (art. 4 RD 485/2009), subrogándose el CUR en la posición del distribuidor, que sólo realizará actividades de operación y mantenimiento de la red de distribución y seguirá siendo responsable de los aspectos técnicos del suministro (lectura de contadores, calidad y continuidad del suministro...) (art. 4.3 Orden ITC/1659/2009). En su día, en una factura remitida antes del 15 de junio de 2009, las empresas distribuidoras debieron comunicar a sus clientes la empresa comercializadora a la que serían traspasados si no habían optado voluntariamente por otro comercializador (art. 4.5 RD 485/2009).

En términos parecidos se produce el tránsito en el sector gasista. A partir del día 1 de julio de 2008, los consumidores suministrados por un distribuidor que no hayan optado por elegir empresa comercializadora pasarán a ser suministrados por el

comercializador de último recurso determinado reglamentariamente (art. 4 Orden ITC/2309/2007). Las empresas distribuidoras de gas natural debieron incluir en todas las facturas remitidas a sus clientes con contrato en vigor en el mercado a tarifa desde el día 1 de septiembre de 2007 hasta el día 1 de enero de 2008, la carta que figura en el Anexo de la Orden ITC/2309/2007.

- e) A todos los efectos, los consumidores acogidos a tarifa de último recurso serán considerados como consumidores en el mercado liberalizado (arts. 5.1 RD 485/2009 y 1 RD 104/2010).

4. ¿Los consumidores acogidos a TUR tienen derecho a obtener justificante del contrato?

En principio y con carácter general, la respuesta se encuentra en el artículo 63 del TRLGDCU, que conduce a una respuesta afirmativa: *“en los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación”* (art. 63.1 TRLGDCU) y *además la formalización será gratuita para el consumidor* (art. 63.2).

Este artículo 63 marca el nivel mínimo de protección que la normativa sectorial deberá respetar en todo caso (art. 59 TRLGDCU).

Partiendo de estas consideraciones, veamos si en la normativa sectorial hay alguna norma que por razones excepcionales libere a las empresas comercializadoras de último recurso de sus obligaciones en esta materia.

Energía eléctrica

Para responder a la cuestión aquí planteada es especialmente significativo el artículo 5 del RD 485/2009, desarrollado por el artículo 4 de la Orden ITC/2309/2007, que reproduzco literalmente:

Artículo 5 RD 485/2009. Régimen jurídico de los consumidores acogidos a tarifa de último recurso

1. *A todos los efectos, los consumidores acogidos a tarifa de último recurso serán considerados como consumidores en el mercado liberalizado.*

2. *No obstante lo anterior, les serán de aplicación los preceptos relativos al suministro a tarifa establecidos en la sección 4ª del capítulo I del título VI del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, en tanto no se adapte dicho Real Decreto a lo establecido en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico y en la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE.*

Artículo 4 ITC/2309/2007. Formalización y adaptación de los contratos

1. El día 1 de julio de 2009 se entenderán automáticamente extinguidos todos los contratos de suministro a tarifa suscritos entre los distribuidores y los consumidores.

2. Los consumidores *tendrán derecho a formalizar el contrato de suministro con un comercializador sea o no de último recurso.*

Las condiciones generales de estos contratos serán las establecidas para los contratos de suministro en el mercado libre, sin perjuicio de lo dispuesto a estos efectos para los contratos de suministro de último recurso en el artículo 5 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica.

3. Si antes del día 1 de julio de 2009, *los consumidores no han procedido a formalizar un contrato de suministro con una comercializadora, automáticamente se entenderá que consienten en obligarse con el comercializador de último recurso que les corresponda* de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, subrogándose el comercializador de último recurso en la obligación de suministro con los mismos parámetros técnicos y datos del anterior contrato de suministro a tarifa con el distribuidor. A estos efectos las empresas distribuidoras deberán comunicar antes del 1 de julio de 2009 todos los datos de los contratos a tarifa suscritos con los clientes que traspasan a los comercializadores de último recurso correspondientes.

Asimismo las condiciones generales de estos contratos serán las establecidas para los contratos de suministro en el mercado libre, sin perjuicio de lo dispuesto a estos efectos para los contratos de suministro de último recurso en el artículo 5 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril.

A la vista de estos preceptos se concluye que sin perjuicio de las tarifas reguladas y de otras particularidades heredadas de los contratos a tarifa (procedimiento pago y suspensión del suministro establecido en la sección 4ª del capítulo I del título VI del Real Decreto 1955/2000), “a todos los efectos”, los consumidores acogidos a TUR son consumidores en el mercado liberalizado y correlativamente, unos y otros merecen idéntico grado de protección (cfr. art. 5 RD 485/2009 y 4.3 Orden ITC/1659/2009). Si el regulador no distingue entre contratos en el mercado libre y contratos sujetos a TUR, salvo en lo relativo al pago y al procedimiento de suspensión o interrupción por impago, tampoco debe distinguir el intérprete de la norma.

A efectos de facilitar el tránsito de un sistema a otro, lo que hace el regulador es admitir un mecanismo de perfección del contrato a través de un consentimiento presunto derivado del silencio del consumidor, que no decide cambiar de suministrador (art. 4.3 Orden ITC/1659/2009), pero en ninguna de las normas expuestas se dice que emitido el consentimiento de forma presunta, quede la CUR liberada de sus obligaciones en materia de perfección y formalización de los contratos derivadas del TRLGDCU (arts. 63 y 66 TRLGDCU y normas autonómicas relativas al deber de documentación de las operaciones²). Tampoco hay razón para entender que los consumidores que manifestaron de forma expresa su consentimiento al cambio de suministrador y libremente optaron por contratar con un comercializador (CUR o en el mercado libre) sí tienen derecho a recibir justificante del contrato celebrado bajo las condiciones generales de la contratación y los que manifestaron el consentimiento de forma presunta no ejerciendo esa opción carecen de ese derecho. No tiene justificación este agravio comparativo, entre unos consumidores y otros, fundado únicamente en la forma de manifestación del consentimiento contractual (expresa *versus* presunta o tácita).

² El artículo 11,i) de la Ley 11/2005, del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha reconoce expresamente a los consumidores el derecho a “que el contrato conste por escrito y a que se les expida recibo justificante, factura detallada o documento acreditativo o recibo de depósito, sin sobrecoste alguno, cuando sean exigidos por el adquirente o impuestos por la norma correspondiente”. En este caso, la norma que impone la entrega de las condiciones bajo las que se celebra el contrato es el artículo 59 TRLGDCU.

Obviamente, al consumidor acogido a TUR “por imperativo legal” no le resulta irrelevante disponer o no de contrato, máxime si se tiene en cuenta que siempre puede ejercer la opción de cambiar de comercializador.

Suministro de gas

Especialmente significativo es el artículo 57 bis LH en redacción dada por RDL 13/2012, cuya letra e) reconoce expresamente a los consumidores (a todos sin distinción) el derecho a “tener un contrato” que especifique la información exigida por el precepto³.

El artículo 1 del RD 104/2010 está redactado en términos prácticamente idénticos a los del artículo 5 del RD 485/2009, desarrollado por el artículo 4 de la Orden

³ *Artículo 57 bis. Derechos de los consumidores en relación con el suministro.*

Los consumidores tendrán los siguientes derechos:

[...]

e) Tener un contrato con el comercializador en el que se especifique:

- 1.º la identidad y la dirección del suministrador,
- 2.º los servicios prestados, el nivel de calidad propuesto y el plazo para la conexión inicial,
- 3.º el tipo de servicio de mantenimiento que se ofrezca,
- 4.º la forma de obtener información actualizada sobre todas las tarifas aplicables y los gastos de mantenimiento,
- 5.º la duración del contrato, las condiciones para la renovación y la rescisión de los servicios y del contrato y, cuando esté permitido, el desistimiento del contrato sin costes,
- 6.º los acuerdos de compensación y reembolso aplicables si no se cumplen los niveles de calidad contratados, incluida la facturación incorrecta y retrasada,
- 7.º el método para iniciar un procedimiento de resolución de conflictos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo j),
- 8.º la información sobre los derechos de los consumidores, inclusive la relativa a la tramitación de las reclamaciones y toda la información mencionada en este párrafo e), claramente comunicada mediante las facturas o los sitios de Internet de las compañías de gas natural, y
- 9.º las condiciones serán equitativas y se darán a conocer con antelación. En cualquier caso, debe comunicarse esta información antes de la celebración o confirmación del contrato. Cuando los contratos se celebren a través de intermediarios, la información antes mencionada se comunicará asimismo antes de la celebración del contrato.

ITC/2309/2007, que fundamentan la conclusión a la que aquí llegamos. Literalmente, establece:

Artículo 1 RD 104/2010. Régimen jurídico de los consumidores con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso

1. *A todos los efectos*, los consumidores acogidos a tarifa de último recurso serán considerados como *consumidores en el mercado liberalizado*.

2. A todos los consumidores con derecho a acogerse a la tarifa de último recurso de gas natural le serán de aplicación los preceptos relativos al suministro a tarifa establecidos en el título III del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, en tanto no se adapte dicho Real Decreto a lo establecido en la Ley 12/2007, de 2 de julio.

Pero en este título III RD 1434/2002 conviven disposiciones relativas al suministro a tarifa y suministro en mercado. Podría plantearse la duda de si a los contratos acogidos a TUR se aplican unas u otras. Considerando la literalidad del apartado 1 de este artículo 1 parece claro que las disposiciones aplicables son las de los suministros en mercado libre, a los que se refiere el artículo 38 del citado RD 1434/2002:

Artículo 38. Contratos en el mercado liberalizado

Los suministros por terceros en el mercado liberalizado *requerirán un contrato por escrito* entre una empresa comercializadora debidamente autorizada y el consumidor cualificado en el que se recogerán todas las condiciones del suministro, seguridad, continuidad del servicio, calidad, repercusiones económicas por incumplimiento de la calidad del suministro, medición y facturación del mismo, causas de rescisión, mecanismos de subrogación y mecanismos de arbitraje en su caso.

[...]

Si “a todos los efectos”, los consumidores acogidos a TUR son consumidores en el mercado, ha de entenderse que, aplicando los correspondientes matices derivados de la peculiar situación de tránsito, también el CUR ha de facilitar al cliente contrato por escrito aceptado de forma presunta.

En definitiva, la normativa gasista es aún más clara que la del sector eléctrico respecto a la obligación de la empresa comercializadora sea un CUR elegido por el consumidor, impuesto por la normativa de tránsito o un comercializador en el mercado libre de formalizar el contrato de suministro por escrito (en soporte papel o en otro soporte duradero). Todo ello, sin perjuicio de la normativa estatal y autonómica general de defensa de los consumidores y usuarios que también impone deberes en este sentido.

5. Conclusión

En resumen y a la vista de los argumentos detallados en los apartados precedentes hay que concluir:

- 1ª. En *los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación* (art. 63.1 TRLGDCU) y *además la formalización será gratuita para el consumidor* (art. 63.2). Este artículo 63 TRLGDCU marca el nivel mínimo de protección que la normativa sectorial deberá respetar en todo caso (art. 59 TRLGDCU);
- 2ª. Analizada la normativa sectorial aplicable al suministro de energía eléctrica y de gas natural, no se ha hallado norma que libere a las empresas comercializadoras de último recurso de sus obligaciones en esta materia, independientemente de que el consumidor haya contratado expresamente o haya manifestado el consentimiento de forma presunta porque llegada la fecha de extinción del sistema de suministro a tarifa, no ha contratado con un CUR o con un comercializador en el mercado libre;
- 3ª. A todos los efectos, los consumidores acogidos a TUR “por imperativo legal”, es decir, porque no contrataron en el mercado libre o con un CUR distinto al que les correspondía según la asignación reglamentaria, son consumidores en el mercado liberalizado y sin perjuicio de las particularidades reguladas (ej. tarifas, procedimiento pago y suspensión del suministro), resultan de aplicación las condiciones generales de los contratos en el mercado liberalizado (cfr. arts. 5 RD 485/2009 y 4.3 Orden ITC/1659/2009, para el sector eléctrico; arts. 1 RD 104/2010, para el suministro de gas natural). Por ello, han de regir las obligaciones generales de la empresa en materia de formalización y entrega de justificante de la contratación o de cualquier otro trámite realizado (arts. 63 y 66 TRLGDCU y normas autonómicas equivalentes), así como las normas relativas a la incorporación

y control de condiciones generales de la contratación, aunque el tránsito del suministro a tarifa al suministro de último recurso se haya producido *ex lege* y el consumidor haya aceptado el cambio de suministrador de forma tácita (consentimiento presunto).

En definitiva, a mi juicio y aunque ninguna norma sectorial lo establezca expresamente –porque no es necesario –, son igualmente aplicables las normas relativas a la perfección y entrega de justificante del contrato. El artículo 59 TRLGDCU es claro en este sentido: la regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en el TRLGDC.