INFORME DE LA CNMC DE SUPERVISIÓN DEL EFECTIVO CONSENTIMIENTO DEL CONSUMIDOR AL CAMBIO DE COMERCIALIZADOR DE FECHA DE 11 DE ENERO DE 2024 (en adelante, el "Informe").

El Informe recoge los resultados del estudio llevado a cabo por la CNMC con el objeto de verificar si los consumidores otorgan verdaderamente su consentimiento cuando realizan el cambio de comercializador, tanto en el sector eléctrico, como en el gasista.

El estudio de la CNMC recopila la regulación vigente en cuanto al consentimiento para cambio de suministrador (apartado 3º del Informe). Así, el Informe enumera como normativa aplicable la siguiente:

1. El Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambio de Suministrador[1], que incluye en su artículo 3, letra q) entre las funciones a llevar a cabo por dicha Oficina:

   "Verificar, mediante el sistema o sistemas creados o desarrollados por la Oficina, que los consumidores han otorgado su efectivo consentimiento al cambio de suministrador."

2. La Orden ITC 1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa de suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica, en cuya Disposición adicional primera se establece que (i) se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del cliente; (ii) el comercializador debe disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor; (iii) a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente; (iv) la Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para verificar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad.

3. Asimismo, el Informe recuerda que (i) ha de tenerse presente el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, en lo referido a la cesión de datos de carácter personal; y (ii) los artículos 1261[2] y 1262[3] del Código Civil

[1] Cuyas funciones han sido asumidas por la CNMC.
[2] Según el art. 1261 Código Civil "*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*
Consentimiento de los contratantes.
Objeto cierto que sea materia del contrato.
Causa de la obligación que se establezca."
[3] El art. 1262 Código Civil establece que: "*El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.*

que regulan los requisitos de validez del contrato, y cómo ha de manifestarse el consentimiento cuando se firma un contrato.

4. El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, "**RDL 1/2007**")[4] en el que:

- se indica expresamente en su artículo 66 que el suministro de electricidad no solicitada a un consumidor en el que no exista respuesta a tal suministro por el consumidor no puede considerarse consentimiento del consumidor a tal suministro.
- respecto a la **contratación a distancia** su artículo 98 apartado 7 establece que el empresario deberá facilitar al consumidor la confirmación del contrato celebrado a distancia en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio. Tal confirmación incluirá la siguiente información salvo si el empresario ya ha facilitado la información al consumidor y usuario en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia:
  a) información general, facilitada en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas, relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de las ofertas presentadas al consumidor o usuario como resultado de la búsqueda y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros;
  b) si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su declaración al proveedor del mercado en línea;
  c) cuando el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital no sea un empresario, la mención expresa de que la normativa en materia de protección de los consumidores y usuarios no es de aplicación al contrato;
  d) cuando proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, entendiéndose esta información sin perjuicio de cualquier responsabilidad que el proveedor del mercado en línea o el tercero empresario tenga en relación con el contrato en virtud de otra normativa de la Unión Europea o nacional;
  e) en su caso, las garantías y seguros ofrecidos por el proveedor del mercado en línea;

Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.
En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación."

[4] *Debe recordarse dicho RDL 1/2007 aplica únicamente a quienes cumplan los requisitos establecidos en su artículo 3 para ser considerado consumidor y usuario.*

f) Los métodos de resolución de conflictos y, en su caso, el papel desempeñado por el proveedor del mercado en línea en la solución de controversias;
g) cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario.

- En su apartado 6, el mencionado artículo 98 regula los requisitos aplicables para considerar celebrado el contrato en caso de que el empresario sea quien se ponga en **contacto telefónicamente con el usuario para la celebración del contrato**[5]. En dicho caso, (i) el empresario deberá confirmar al consumidor y usuario la oferta realizada telefónicamente por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier otro soporte de naturaleza duradera; y (ii) el consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito (sin carácter limitativo, mediante papel, correo electrónico, fax y/o sms)

5. El Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, que en su artículo 5, apartado 5º, dispone que: (i) para el paso de PVPC a mercado libre de un consumidor acogido al bono social, el consumidor debe ser debidamente informado por el comercializador, de que la suscripción del nuevo contrato en libre mercado implicará que no resulte aplicable el bono social quedando esto registrado en un documento firmado por el consumidor. Esta información se aportará al consumidor en documento individual e independiente que lleve por título «Renuncia a la aplicación del bono social», que deberá ser firmado por el consumidor como requisito necesario para la válida suscripción del nuevo contrato, conforme el modelo contenido en el anexo VII del mencionado Real Decreto 897/2017; y (ii) cuando un consumidor que, estando acogido al PVPC, no sea perceptor del bono social, vaya a suscribir un contrato en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor de que, si cumpliera los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impedirá la aplicación de aquél.

6. El Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores, que establece que para la protección al consumidor se prohíbe la contratación en los domicilios del cliente, salvo petición expresa de éste y a su propia iniciativa para establecer la cita para la contratación mediante esta modalidad.

Según dicho Informe "*Así pues, la normativa vigente, tanto en el sector gasista como en el eléctrico, requiere que el cambio de comercializador se realice con la conformidad expresa del cliente e indica que se entenderá que ésta existe si es establecida por* ***cualquier medio contrastable que permita acreditar su voluntad****. Asimismo, se establece que la responsabilidad*

[5] Recuérdese la obligación de las comercializadoras a recabar el consentimiento previo de los consumidores/o usuarios para realizar ofertas comerciales telefónicas según en el artículo 66.1, letra b) Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (en adelante, "**LGTel**").

de custodiar esta documentación recae sobre el comercializador. Sin embargo, con carácter general existe una carencia regulatoria respecto a cómo se acredita exactamente el consentimiento, y qué tipo de documentación o requisitos son necesarios, salvo para el caso de la contratación telefónica en el sector de gas (vigente desde julio de 2011) en que se estableció el procedimiento a seguir para realizar la contratación y establecer la conformidad del consumidor." El Informe indica igualmente, que el comercializador es responsable de la autenticidad de la documentación aportada para acreditar el consentimiento al cambio de comercializador, de la custodia de esta información y de los datos personales así como del correcto tratamiento de los datos.

En el Informe, la CNMC procedió a comprobar mediante muestras que la documentación que la comercializadora tenía a su disposición mostraba la verdadera voluntad de contratar con dicha comercializadora. La CNMC procedió a comprobar que en la documentación/soporte duradero aportada a la CNMC por las comercializadoras incluidas en la muestra constaba la voluntad del cliente de contratar con dichas comercializadores. Así, se verificó lo siguiente:

(i) **En caso de otorgamiento de consentimiento mediante documento escrito (entendemos que no telemático)**, se verificó que el documento constase firmado mediante la firma por el consumidor y que el mismo identificase la persona que firma y su relación con el CUPS de la muestra. Del mismo modo, se verificó si la comercializadora contaba con soporte documental que acredite la solicitud del consumidor para realizar la contratación en el domicilio o bien que esta se produjo fuera de su domicilio.

(ii) **En caso de otorgamiento de consentimiento mediante grabación telefónica** se verificó si la respuesta por parte del consumidor al cambio de comercializador fue positiva. Si la llamada fue iniciada por el comercializador, éste comprobó si este contaba con la aceptación de la oferta mediante la firma del consumidor, o mediante el envío de acuerdo de éste por escrito (tales como, papel, correo electrónico, fax o SMS). En caso de confirmación del cambio de suministro fuera por escrito (entendemos que mediante medios no telemáticos ni mediante comunicaciones electrónicas) se verificó que la comercializadora contase con dicho escrito y que en el mismo constase la identificación del cliente, la firma del mismo, y su relación con el CUPS. En caso de confirmación por correo electrónico o SMS, se comprobó que existiese comprobación por la comercializadora de que la dirección del correo o el teléfono asociado al sms pertenecen al consumidor registrado en la locución de contratación. En el sector eléctrico, y en tanto no se determine normativamente el contenido mínimo de las grabaciones telefónicas para la contratación de suministro, al objeto de determinar la fecha de una grabación cuando la misma no figure registrada en su contenido, la CNMC considera que debe de tenerse en cuenta la fecha de creación del fichero por algún método que sea contrastable.

(iii) **En caso de otorgamiento del consentimiento mediante procedimientos telemático** se verificó que se adjunta el registro electrónico del website del comercializador (al menos CUPS y dirección IP).

(iv) **<u>En caso de otorgamiento del consentimiento mediante firma digital avanzada</u>** se verificó que la comercializadora disponía del correspondiente certificado digital.

La CNMC en su apartado 9º del Informe, ante la falta de regulación más concreta sobre los procedimientos de aceptación de cambio de suministrador y documentación de los mismos, realiza una serie de recomendaciones a las comercializadoras:

- Se recuerda a los comercializadores la prohibición de realizar ofertas comerciales telefónicas, salvo consentimiento por parte del consumidor a las mismas (artículo 66.1, letra b) LGTel).

- Grabación desde el primer contacto del consumidor durante la llamada comercial.

- El sms enviado al consumidor (o soporte documental duradero) para formalizar la contratación telefónica, debería identificar claramente la identidad del comercializador, que la oferta implica un cambio de comercializador, y las características básicas de la oferta.

- Los comercializadores deben asegurarse de que el consumidor no dispone de bono social, preguntando directamente al consumidor a este respecto, y, en su caso, actuando en consecuencia a lo dispuesto en el art. 5.5 del RD 897/2017. Dicho artículo establece:

  "*Cuando un consumidor que esté acogido al bono social vaya a suscribir un contrato con un comercializador en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor, en el marco de las obligaciones recogidas en el artículo 46 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, de que la suscripción del nuevo contrato en libre mercado implicará que no resulte aplicable el bono social.*

  Esta información se aportará al consumidor en documento individual e independiente que lleve por título «Renuncia a la aplicación del bono social», que deberá ser firmado por el consumidor como requisito necesario para la válida suscripción del nuevo contrato, conforme el modelo contenido en el anexo VII.

  Del mismo modo, cuando un consumidor que, estando acogido al PVPC, no sea perceptor del bono social, vaya a suscribir un contrato en mercado libre, el comercializador entrante deberá informar expresamente al consumidor de que, si cumpliera los requisitos para acogerse al bono social, la suscripción del nuevo contrato impedirá la aplicación de aquél."

- En la contratación telemática se debería acreditar el envío de la oferta comercial, así como la respuesta afirmativa del consumidor a la misma, de manera análoga a la contratación telefónica iniciada por el comercializador.

- En los traspasos/cesiones de clientes, se debería acreditar el envío de la notificación correspondiente al consumidor, explicando claramente las consecuencias de la operación. Se debería dar un tiempo prudencial al consumidor, para que en caso de no estar conforme pueda elegir libremente un comercializador.

- Las autorizaciones del consumidor a terceros para la realización de determinadas gestiones con respecto a su punto de suministro deberían especificar claramente sus implicaciones (un cambio de comercializador) y condiciones (qué sujeto es facturado y cómo). Estas autorizaciones deberían posibilitar explícitamente un mecanismo para que el consumidor recupere en cualquier momento la gestión del punto de suministro del que es usuario efectivo de la energía. Asimismo, no deberían estar supeditadas a otro tipo de condición o contrato, como por ejemplo, la firma de contrato de alquiler de una vivienda, puesto que en según qué casos se podría estar conculcando el derecho del consumidor a elegir libremente un comercializador.

- Por último, se reiteran las recomendaciones ya realizadas a las comercializadores y distribuidores para reducir y mitigar los perjuicios de los cruces de CUPS:

  "A.- Recomendaciones dirigidas a comercializadores para reducir la incidencia de los cruces de CUPS. A continuación, se formulan recomendaciones encaminadas a facilitar el contraste de la información por parte de los comercializadores en caso de detectar inconsistencias, (ya sea a través del propio consumidor, o de la mensajería con el distribuidor por la que recibe información mediante el Formato P0 en electricidad o el A5_29 en gas) o por recibir rechazos en los procesos de cambio de comercializador:

  1. Se recomienda proporcionar una formación más adecuada al personal de los Servicios de Atención al Cliente (SAC) de los comercializadores. En particular, en el proceso de contratación para identificar y contrastar la correcta correspondencia de la dirección del punto de suministro con el CUPS y ambos con el titular del CUPS. Asimismo, deben proporcionar al consumidor información precisa y correcta y aconsejarle cómo proceder en estos casos, e igualmente identificar solicitudes posteriores de baja del contrato de acceso cuyo origen pueda ser un "cruce de CUPS".

  2. Recabar en el proceso de contratación si el consumidor afirma ser el titular del punto de suministro en la dirección indicada, y contrastar que es el usuario de justo título[6].

  3. En todo caso, de realizarse un cambio sin modificaciones contractuales (Formatos C1 o A1_02) con rechazo posterior, se deberían comprobar nuevamente los datos con el consumidor contratante en general y, en particular, asegurarse de que la dirección del

[6] "*Por ejemplo, mediante grabación en contratación telefónica, cuestionario en contratación online en que lo confirme, o en el caso en que la contratación sea presencial, bastaría con que se rellene el contrato como titular y esté firmado por este junto con copia del DNI.*"

punto de suministro y el CUPS son correctos, antes del envío de una nueva solicitud de cambio de comercializador con cambio de titular (Formatos C2 o A1_41).

4. En caso de ser necesario, al solicitar un cambio con modificación del titular (Formatos C2 o A1_41), se recuerda lo establecido en la normativa eléctrica y gasista, donde se especifica que "Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo" Es decir, es deber del comercializador garantizar que la persona que formaliza el contrato es quien dice ser, y por tanto es el usuario de justo título del punto de suministro. En los casos de cambio de titularidad, por tanto, el comercializador deberá recabar documentación que acredite que el consumidor es el usuario efectivo de la energía en el punto de suministro a contratar.

B.- Recomendaciones a comercializadores y distribuidores para mitigar los perjuicios de los cruces de CUPS. Encaminadas a evitar los cortes y facilitar al consumidor información para favorecer su protección:

1. En caso de que el consumidor solicite la baja en el contrato de acceso en los cuatro meses posteriores a un cambio de comercializador con cambio de titular (Formatos C2 o A1_41), el comercializador debería acreditar el motivo de la misma[7], y descartar que haya podido haber un "cruce de CUPS" antes del envío de la solicitud de baja al distribuidor.

2. Se recomienda al distribuidor que en los cambios de comercializador con cambio de titular (Formatos C2 o A1_41), en caso de ser consultado por el titular anterior del CUPS antes de que transcurran cuatro meses, se comunique a éste la identidad del comercializador entrante.

3. El comercializador entrante deberá demostrar diligencia para resolver el posible problema del "cruce de CUPS", tanto aceptando la reclamación del consumidor original, afectado por el "cruce de CUPS" (titular previo del CUPS), como del nuevo consumidor, cuya contratación ha sido errónea con objeto de reponer al consumidor con justo título a su condición anterior (comercializador y contrato anterior).

4. El comercializador saliente deberá demostrar diligencia para aceptar la reposición del consumidor en los mismos términos del contrato que tenía."

* * *

[7] "*Cabe señalar que se dan casos de cruces de CUPS en los que se solicita baja por impago en plazos mayores de estos 4 meses. Por ello, es crítico descartar hasta donde sea razonable un posible "cruce de CUPS" como origen del impago."*