

ACUERDO POR EL QUE SE DA CONTESTACIÓN A LA SOLICITUD DE INFORME DE LA CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y EMPLEO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS EN MATERIA DE PENALIZACIÓN POR CAMBIO DE SUMINISTRADOR DE GAS NATURAL

Expediente número INF/DE/0031/2014

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco. Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 8 de enero de 2015

Visto el expediente relativo a la solicitud de la Consejería de Economía y Empleo del Principado de Asturias en materia de penalización por cambio de suministrador de gas natural, la Sala de Supervisión Regulatoria, acuerda:

1. ANTECEDENTES

Con fecha 3 de abril de 2014 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia escrito de la Consejería de Economía y Empleo del Gobierno del Principado de Asturias en el que expone que han recibido varias reclamaciones de consumidores que cuentan con contrato de suministro de gas natural en el mercado liberalizado con la compañía [COMERCIALIZADOR]. Cuando los consumidores intentan cambiar de suministrador la citada empresa les pretende cobrar una penalización por incumplimiento de la cláusula del plazo de permanencia.

La Consejería de Economía y Empleo, en su escrito, hace referencia al apartado i) del artículo 57.bis de la Ley 34/1998, de Sector de Hidrocarburos, que establece como uno de los derechos de los consumidores en relación con el suministro el de *“cambiar de suministrador sin coste alguno”*.

Asimismo, mencionan el artículo 38 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, que establece respecto a los contratos de gas natural en el mercado liberalizado, que estos “...no podrán contener cláusulas contrarias a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector Hidrocarburos y disposiciones de desarrollo...”.

En base a la legislación mencionada, esa Consejería entiende que la cláusula de penalización que la compañía [COMERCIALIZADOR] ha aplicado a un cliente por el cambio de comercializador de gas es contraria a la legislación vigente.

A modo de ejemplo, adjuntan copia del expediente de la reclamación que recibieron de [CONSUMIDOR].

Por lo anteriormente expuesto solicitan:

1. Un informe de esta Comisión sobre la legalidad de aplicar una cláusula de penalización por permanencia en un contrato de suministro de gas natural.
2. Que se tomen las medidas oportunas si la CNMC considera que la actuación de la empresa [COMERCIALIZADOR] es contraria a la legislación vigente.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. Regulación de los derechos de los consumidores de gas natural.

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en su artículo 57 bis atribuye a los consumidores en su apartado i) el derecho a “*cambiar de suministrador sin coste alguno*”.

Asimismo, en el mencionado artículo y en el apartado b) señala que el consumidor podrá “*elegir el suministrador para la compra del gas natural*”.

Este último derecho también se recoge en el apartado b) del artículo 22 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorización de instalaciones de gas natural, que establece que los consumidores tendrán derecho a la “*elección de suministrador para la compra de gas natural*”.

Segundo. Regulación de los contratos de suministro de gas natural en el mercado libre.

La regulación de los contratos de suministro de gas natural está recogida en el 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.

El artículo 19 del Real Decreto, en su apartado b, establece como derecho de las empresas comercializadoras el de *“vender gas natural a los consumidores y a otros comercializadores en condiciones libremente pactadas”*.

Y de una forma simétrica para los consumidores, conforme al artículo 20.2, estos podrán adquirir gas:

- a) *“a los comercializadores en condiciones libremente pactadas.*
- b) *(...)”*

Hay que señalar que la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en el apartado b) del artículo 81.1, establece, en una redacción igual a la expresada en el Real Decreto 1434/2002, como uno de los derechos de los comercializadores el de *“Vender gas natural a los consumidores y a otros comercializadores autorizados en condiciones libremente pactadas”*.

El artículo 38 del mencionado Real Decreto, que regula los contratos en el mercado liberalizado, indica que *“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”*. Y añade que *“dichos contratos no podrán contener cláusulas contrarias a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y disposiciones de desarrollo, y las controversias que pudieran surgir en la aplicación de los mismos se resolverán en la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de los procedimientos de arbitraje previstos en el ordenamiento jurídico.”*

Por su parte, la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos en su artículo 57 bis, realiza una enumeración de los derechos de los consumidores en relación con el suministro, y en concreto en su apartado e), establece que los consumidores tienen derecho a tener un contrato con el comercializador en el que se especifique, entre otros *“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”*.

Tercero. Regulación de la contratación en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre fue modificado recientemente por la Ley 3/2014, de 27 de marzo.

En su redacción actual, el artículo 60 del texto refundido establece la información previa al contrato, y señala en el apartado f), como información relevante que el empresario tiene que facilitar al consumidor *“la duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio”*.

Por su parte, el artículo 71 regula el derecho de desistimiento, y establece, en su redacción actual que *“El consumidor y usuario dispondrá de un plazo mínimo de catorce días naturales para ejercer el derecho de desistimiento”*.

En la redacción original del artículo, antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2014, se le otorgaba al consumidor y usuario un plazo mínimo de siete días hábiles para ejercer el derecho de desistimiento.

Cuarto. Regulación de las cláusulas abusivas en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

La regulación de las cláusulas abusivas en los contratos está recogida en el Capítulo II del Título II del Real Decreto Legislativo 1/2007, en los artículos 82 a 91.

En el artículo 82 define las cláusulas abusivas en su apartado 1 como *“... todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”*.

En el apartado 3 del citado artículo, añade que *“el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”*.

El apartado 4 del mencionado artículo 82 establece que son, en todo caso, abusivas las cláusulas que:

- a) *“vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*
- b) *limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- c) *determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*
- d) *impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,*
- e) *resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o*
- f) *contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable”.*

Y, finalmente, en su artículo 59 y en la redacción anterior a la establecida por la Ley 3/2014 decía que *“la regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma”.*

3. CONSIDERACIONES

La Consejería de Economía y Empleo del Principado de Asturias solicita un informe en materia de penalización por cambio de suministrador de gas natural porque entienden que la cláusula de penalización que la compañía [COMERCIALIZADOR] ha aplicado al cliente es contraria a la legislación vigente.

Esta Comisión considera que para determinar que esta actuación es contraria a la legislación vigente es preciso analizar la razón por la que la comercializadora, en este caso [COMERCIALIZADOR], quiere cobrar una penalización al consumidor.

La norma atribuye al consumidor el derecho a que el cambio de suministrador se produzca sin coste alguno para él, por lo que ni la comercializadora de origen ni la de destino puede cobrar importe alguno por la decisión libre del cliente de cambiar de un suministrador de gas natural a otro, tal como establece el apartado i) del artículo 57 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Cosa distinta es que la mencionada empresa quiera cobrar un importe al consumidor amparándose, como refiere la propia Consejería en su escrito, en un *“incumplimiento de las condiciones contractuales, concretamente del plazo de permanencia”.*

En este supuesto y como establece la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y el Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, tanto las empresas comercializadoras

como los consumidores podrán vender y adquirir gas respectivamente en *“condiciones libremente pactadas”*.

Además, el artículo 38 del mencionado Real Decreto, que regula los contratos en el mercado liberalizado, indica que *“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”*. Y añade que *“dichos contratos no podrán contener cláusulas contrarias a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y disposiciones de desarrollo, y las controversias que pudieran surgir en la aplicación de los mismos se resolverán en la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de los procedimientos de arbitraje previstos en el ordenamiento jurídico.”*

Al ser el objeto de la solicitud de informe un contrato de gas natural en el mercado libre, los consumidores y las compañías suministradoras pactan las condiciones de dicho contrato libremente y el contrato tiene que atenerse a lo regulado por el mencionado artículo 38 del Real Decreto 1434/2002, en el que expresamente se indica que *“... las controversias que pudieran surgir en la aplicación de los mismos se resolverán en la vía jurisdiccional, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de los procedimientos de arbitraje previstos en el ordenamiento jurídico”*. Asimismo, el artículo 57 bis del mismo Real Decreto menciona como derecho del consumidor el tener un contrato con el comercializador en el que se especifique, entre otros, las condiciones de renovación y la rescisión de los servicios y del contrato.

Por lo tanto, el consumidor que ha pactado libremente las condiciones de un contrato de gas natural con un comercializador en el mercado libre tiene la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional si considera que dicho contrato es contrario a la legislación, tanto porque no cumpla los requisitos que establece el Real Decreto 1434/2002, como porque considere que alguna de las cláusulas establecidas en el contrato, la cláusula de permanencia en el caso que nos ocupa, son abusivas de acuerdo a la regulación que se da a las mismas en el Real Decreto Legislativo 1/2007.

En consecuencia, las relaciones entre un comercializador y un consumidor en el mercado libre corresponden al derecho privado al sustentarse en lo dispuesto en el contrato pactado entre las partes, por lo que se considera que la interpretación de tales actos privados excede las competencias de esta Comisión.

Por último, esta Comisión toma nota de su escrito a efectos de detección y persecución de conductas que afecten al funcionamiento competitivo del mercado minorista de gas natural, en cumplimiento de las labores de supervisión y control del correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural que le asigna el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y como indicador del grado de satisfacción del consumidor.

4. CONCLUSION

Se responde en este informe a la consulta de la Consejería de Economía y Empleo del Gobierno del Principado de Asturias en relación a varias reclamaciones de consumidores que cuentan con contrato de suministro de gas natural en el mercado liberalizado con [COMERCIALIZADOR], que al solicitar el cambio de comercializador son penalizadas económicamente, lo que interpreta esa Consejería que pudiera ser contrario a la legislación vigente.

La Sala de Supervisión Regulatoria, una vez analizadas las circunstancias que concurren en este asunto, así como la normativa vigente que resulta de aplicación, considera que la aplicación de una penalización como consecuencia de un *“incumplimiento de las condiciones contractuales, concretamente del plazo de permanencia”* recogido en un contrato libremente pactado entre las partes, no tiene por qué ser contraria a la legislación vigente.

No obstante, esta Comisión toma nota de su escrito a efectos de detección y persecución de conductas que afecten al funcionamiento competitivo del mercado minorista de gas natural, en cumplimiento de las labores de supervisión y control del correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural que le asigna la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y como indicador del grado de satisfacción del consumidor.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

ACUERDA

ÚNICO.- Comunicar a la Consejería de Economía y Empleo del Principado de Asturias la presente contestación en materia de penalización por cambio de suministrador de gas natural.