



Comisión
Nacional
de Energía

**INFORME PARA LA DGPEM EN
CUMPLIMIENTO DEL MANDATO LEGAL
DEL REAL DECRETO 104/2010 PARA LA
ELABORACIÓN DE UNA PROPUESTA DE
PROCEDIMIENTO MARCO DE
CONTRATACIÓN TELEFÓNICA,
ELECTRÓNICA (Y TELEMÁTICA) PARA
LOS MERCADOS DE GAS NATURAL Y
ELECTRICIDAD**

7 de julio de 2010

ÍNDICE

1	OBJETO	3
2	Fundamentos de derecho	3
2.1	Mandato legal.....	3
2.2	Normativa aplicable	4
3	CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO MARCO PRESENTADA POR OCSUM	5
3.1	Consideraciones previas	5
3.2	Sobre los procedimientos y clientes afectados.....	6
3.3	Sobre la conformidad del cliente en la contratación telefónica.....	7
3.4	Sobre la conformidad del cliente en la contratación electrónica y/o telemática....	10
4	CONCLUSIONES	15

INFORME PARA LA DGPEM EN CUMPLIMIENTO DEL MANDATO LEGAL DEL REAL DECRETO 104/2010 PARA LA ELABORACIÓN DE UNA PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO MARCO DE CONTRATACIÓN TELEFÓNICA, ELECTRÓNICA (Y TELEMÁTICA) PARA LOS MERCADOS DE GAS NATURAL Y ELECTRICIDAD

Con fecha 25 de junio de 2010 ha tenido entrada en el registro administrativo de la Comisión Nacional de Energía (CNE) escrito de la Oficina de Cambios de Suministrador (OCSUM) en el cual se adjunta el documento “Propuesta de procedimiento marco de contratación telefónica, electrónica (y telemática) para los mercados de gas natural y electricidad” (en adelante, la Propuesta de Procedimiento Marco).

El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión del 7 de julio de 2010 ha acordado emitir el siguiente:

INFORME

1 OBJETO

El presente informe tiene por objeto realizar una valoración de la citada Propuesta de Procedimiento Marco de OCSUM, para someterla a la aprobación del Director General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 3.3 del Real Decreto 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.

2 FUNDAMENTOS DE DERECHO

2.1 Mandato legal

El artículo 3.3 del Real Decreto 104/2010 establece que: *“Para promover la contratación electrónica, la Oficina de Cambio de Suministrador elaborará, en un plazo máximo de tres meses y en colaboración con la Comisión Nacional de Energía, una propuesta de procedimiento para el desarrollo de la contratación electrónica del suministro de gas, para su aprobación por el Director General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.”*

El plazo de tres meses empezó desde la fecha de entrada en vigor del citado Real Decreto, es decir desde el sábado 27 de febrero de 2010 (la Disposición final cuarta del mismo indica que la entrada en vigor será al día siguiente al de publicación).

2.2 Normativa aplicable

En lo que concierne al sector gasista, el Real Decreto 104/2010, en su Disposición final primera, modifica el artículo 44 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, añadiendo el siguiente apartado 6:

“6. En el caso de los suministros a presiones iguales o inferiores a 4 bares, se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa para el cambio de suministrador siempre que ésta sea efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, lo que incluirá tanto la contratación por escrito, como la contratación telefónica o la electrónica, reguladas por el Real Decreto 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, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Todo ello sin perjuicio del cumplimiento de los dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del presente artículo.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor, si bien, a efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente el dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.

La Oficina de Cambios de Suministrador podrá exigir al comercializador toda la documentación que precise para asegurar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad.”

En la exposición de motivos del Real Decreto 104/2010 se señala que dicha modificación no introduce un cambio de criterio o una innovación normativa, sino pretende garantizar la correcta aplicación de los mecanismos de contratación ya previstos por la regulación vigente.

Como se indica en la disposición trascrita, la contratación electrónica y la contratación telefónica están sujetas a regulación que, con carácter general, se establece en el Real Decreto 1906/1999 en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Según este Real Decreto, en caso de realizarse una contratación a distancia el comercializador tiene las siguientes obligaciones respecto del adherente:

- Informar de las cláusulas del contrato previamente a la celebración del mismo y entregar al adherente las condiciones generales del contrato.
- Aportar justificación documental de la contratación una vez ésta se haya efectuado.
- Aceptar la renuncia del contrato por parte del adherente si se realiza en los plazos y condiciones establecidas en el mismo Real Decreto.
- Asumir la carga de la prueba de existencia y contenido de la información.
- Cumplir la normativa vigente en materia de contratación electrónica.

En lo que concierne al sector eléctrico, la Disposición adicional primera de la 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, establece un criterio similar con respecto a los medios de acreditación de la conformidad expresa del cliente al cambio de suministrador:

“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.”

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente.

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 CONSIDERACIONES SOBRE LA PROPUESTA DE PROCEDIMIENTO MARCO PRESENTADA POR OCSUM

3.1 Consideraciones previas

La Propuesta de Procedimiento Marco se encuadra en el cumplimiento del citado artículo 3.3 del Real Decreto 104/2010, que establece un mandato para la elaboración, por parte de OCSUM, en colaboración con la CNE, de un procedimiento referido literalmente sólo a la contratación electrónica del suministro de gas.

No obstante, en aras al principio de promover la homogeneización de actuaciones en los procesos de cambio de suministrador en los sectores de gas natural y electricidad, se acordó, en reunión con la Subdirección General de Hidrocarburos del MITYC, que se propondría un Procedimiento Marco que incluyera la contratación electrónica y telefónica tanto para el suministro de gas, como para el de la electricidad.

A tal fin, OCSUM creó un grupo de trabajo específico en el seno del grupo más amplio sobre mejoras de los procesos de cambio de suministrador¹. Como resultado de los

¹ En cumplimiento de la función de “Proponer a las autoridades competentes la mejora de los procedimientos relativos al cambio de suministrador”, prevista por el artículo 3 del Real Decreto 1011/2009, la Oficina de Cambio de Suministrador (OCSUM) ha creado un grupo de trabajo compuesto por comercializadores y distribuidores de gas y electricidad y por representantes de la CNE, que empezó a reunirse a comienzos de mayo de 2010. El objetivo general de este grupo es el desarrollo de recomendaciones y propuestas de mejora en la normativa sobre procedimientos de cambio de suministrador y verificación del consentimiento otorgado por el consumidor, en los sectores de gas y electricidad, así como el análisis del funcionamiento actual de los procesos de cambio de suministrador. La participación en este grupo está abierta al regulador y a todas las empresas comercializadoras y distribuidoras interesadas.

trabajos realizados por este grupo, en el cual participaron activamente expertos de varias empresas² y de los servicios técnicos de la CNE, se elaboró el texto de la Propuesta de Procedimiento Marco que, con posterioridad, fue aprobado por el Consejo de OCSUM y enviado a la CNE. A lo largo de este proceso se han analizado en profundidad y con rigor las distintas facetas y problemáticas del tema.

Se señala que la Propuesta no pretende regular todos los aspectos de los contratos de suministro telefónicos o electrónicos/telemáticos, puesto que se trata de contratos negociados en el mercado libre, cuya redacción corresponde a cada empresa, aunque en el respeto de la normativa general vigente sobre contratación. La Propuesta se centra en establecer un procedimiento común para determinar la prueba documental de la conformidad expresa del cliente en los casos de contratación telefónica y electrónica/telemática. Al establecer de manera clara y detallada la información que, como mínimo, cada comercializador deberá recabar del consumidor en las grabaciones sonoras o en el registro electrónico de datos, se contribuye a eliminar posibles motivos de conflictos entre comercializadores y distribuidores y, por tanto, se facilita la tramitación de las solicitudes de cambio de suministrador que se realicen a través de las vías telefónica y electrónica/telemática, al tiempo que se garantizan los derechos de los consumidores y la existencia de conformidad al cambio de suministrador.

Por todo lo anterior se valora que el alcance de la Propuesta de Procedimiento Marco cumple adecuadamente con el mandato establecido en el Real Decreto 104/2010.

También conviene señalar que la propuesta contiene algunos puntos de discrepancia entre compañías sobre los que la CNE emitirá su valoración en este informe.

3.2 Sobre los procedimientos y clientes afectados

El apartado 2 de la Propuesta especifica que los procedimientos afectados son la contratación de altas y los cambios de suministrador de gas natural y electricidad en los que el comercializador desee recabar la conformidad del cliente.

Nótese que no se considera necesario abarcar procedimientos adicionales por dos razones. En primer lugar, porque de la Disposición adicional única del Real Decreto 104/2010 se puede inferir que éste procedimiento está relacionado con la documentación necesaria para acreditar la voluntad inequívoca del cliente en un proceso de cambio de suministrador:

“... se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa para el cambio de suministrador siempre que ésta sea efectuada por cualquier medio que permita tener constancia de la misma, lo que incluirá tanto la contratación por escrito, como la contratación telefónica o electrónica, reguladas por el Real Decreto 1906/1999, (...)

² Concretamente, en el grupo de trabajo que elaboró la propuesta de procedimiento marco de contratación telefónica y electrónica participaron, además de OCSUM y de la CNE, representantes de las siguientes empresas: IBERDROLA, ENDESA, GAS NATURAL FENOSA, HC ENERGÍA, NATURGAS, E.ON ESPAÑA, CENTRICA, CIDE, UNIÓN FENOSA GAS.

El comercializador deberá disponer en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor (...)

Y, en segundo lugar, porque para el resto de procedimientos (cambio de titular, bajas, etc.) sería aplicable la legislación que ya existe sobre contratos telefónicos y electrónicos. Es decir, no sería estrictamente necesario definir los procedimientos telefónicos y electrónicos en las modificaciones contractuales en las que no estén involucrados terceros agentes.

En lo que concierne a los clientes afectados, el apartado 3 introduce una aplicación de mínimos del Procedimiento Marco, estableciendo que éste se aplique, en todo caso, a aquellos clientes que tengan la consideración de consumidores y usuarios.

Además, dependiendo del criterio de cada empresa, se permite que dicho Procedimiento pueda aplicarse a todos los tipos de clientes (no sólo a consumidores y usuarios) para los cuales una empresa comercializadora tenga habilitado el mismo.

Ambas provisiones parecen acertadas y razonables.

3.3 Sobre la conformidad del cliente en la contratación telefónica

Respecto de la contratación telefónica, existen métodos probatorios para demostrar la existencia de un contrato telefónico, y, por tanto, de la conformidad expresa del cliente. Así, el artículo 5 del Real Decreto 1096/1999 respecto de la carga de la prueba dispone:

“1. La carga de la prueba sobre la existencia y contenido de la información previa de las cláusulas del contrato; de la entrega de las condiciones generales; de la justificación documental de la contratación una vez efectuada; de la renuncia expresa al derecho de resolución; así como de la correspondencia entre la información, entrega y justificación documental y el momento de sus respectivos envíos, corresponde al predisponente.

2. A estos efectos, y sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en derecho, cualquier documento que contenga la citada información aún cuando no se haya extendido en soporte papel, como las cintas de grabaciones sonoras, los disquetes y, en particular, los documentos electrónicos y telemáticos, siempre que quede garantizada su autenticidad, la identificación fiable de los manifestantes, su integridad, la no alteración del contenido de lo manifestado, así como el momento de su emisión y recepción, será aceptada en su caso, como medio de prueba en los términos resultantes de la legislación aplicable. (...)”

Así, será responsabilidad del comercializador la existencia y custodia de la grabación en la que se justifique que se ha informado previamente al consumidor sobre las condiciones y cláusulas del contrato, del hecho de entrega de las condiciones generales, etc.

En relación con lo anterior, y teniendo en cuenta las características específicas del sector de la energía, la Propuesta de Procedimiento Marco prevé que, en todos los contratos de alta y cambio de suministrador, a efectos de probar la conformidad del cliente se incluya al menos la grabación de audio de la información descrita en el apartado 4.1, que se transcribe a continuación.

CONTENIDO MÍNIMO DE LA GRABACIÓN DE AUDIO PARA RECABAR LA CONFORMIDAD DEL CLIENTE EN LA CONTRATACIÓN TELEFÓNICA

1. Se informa al cliente de que la conversación se está grabando y se le pregunta si está de acuerdo con que la conversación sea grabada. Respuesta SÍ/NO.
2. Fecha (día, mes y año), hora (hh:mm en formato de 24h) en que tiene lugar la conversación y opcionalmente el número de teléfono desde el que se conecta el cliente.
3. Se solicita al cliente que aporte o confirme la siguiente información:
 - a. Nombre del titular del punto de suministro o denominación de la entidad titular, nombre y DNI del apoderado
 - b. Si es el titular del punto de suministro o el apoderado de la empresa (la respuesta tiene que ser afirmativa)
 - c. Dirección de suministro
 - d. CUPS
 - e. DNI / CIF del titular del punto de suministro
4. Se solicita la confirmación por parte del cliente para contratar con el comercializador [indicar nombre] el suministro de electricidad y/o gas, según las condiciones de la oferta realizada, y según las condiciones establecidas en la legislación vigente, y autorización para que el comercializador [indicar nombre] realice a tal efecto las gestiones necesarias con la empresa distribuidora (o en su caso, transportista, cuando proceda) del cliente. Respuesta SÍ/NO.
5. En caso de cambio de suministrador se informa al cliente que la presente contratación supondrá la resolución del contrato de suministro con su anterior empresa comercializadora.
6. Se informa al cliente que recibirá la confirmación documental de esta contratación en su domicilio, y que dispondrá a partir de entonces de un periodo de 7 días para ejercer su derecho de revocación.

Si bien no se pueda garantizar que esta grabación sea suficiente para cumplir todos los requisitos de contratación que se establecen en el Real Decreto 1096/1999, lo que excede el alcance de la Propuesta de Procedimiento Marco, los participantes del grupo de trabajo han valorado que aporta información suficiente para poder identificar el contrato y comprobar la conformidad del cliente al mismo.

Esta Comisión coincide en dicha valoración, considerando que el conjunto de datos requeridos es suficiente para establecer la fecha y hora del contrato, identificar el cliente, el punto de suministro y el nuevo contrato al que se adhiere, y tener información suficiente para conocer la existencia del contrato entre el consumidor y el comercializador, siendo este último el responsable de realizar las demás actuaciones necesarias para la perfección del contrato.

La grabación del conjunto de preguntas de confirmación puede realizarse tanto por el comercializador, como por un tercero verificador, cuya presencia no es obligatoria sobre la base de la legislación general vigente³.

Tal y como se indica al final del apartado 4.1 de la Propuesta de Procedimiento Marco, no hubo consenso, ni en el grupo de trabajo, ni en el Consejo de OCSUM, sobre la introducción obligatoria de un tercero verificador que realice las grabaciones sonoras.

En principio, un tercero verificador podría aportar seguridad y garantías para el consumidor en la contratación, según la postura manifestada por GAS NATURAL FENOSA y CENTRICA, mientras que ENDESA, IBERDROLA, HC ENERGÍA, NATURGAS y E.ON ESPAÑA resaltan que no hay imperativo legal para la implantación del tercero verificador y que éste no aportaría más seguridad y garantías en cuanto a comprobar la identidad del solicitante.

A juicio de esta Comisión, el cambio de suministrador debe realizarse con totales garantías y la posible introducción de un tercero verificador debe valorarse teniendo en cuenta en qué medida éste aporta garantías adicionales que no están previstas en el contexto normativo vigente. A este respecto se realizan las siguientes observaciones:

- La legislación sobre defensa del consumidor, la protección de datos y sobre las condiciones generales de contratación proporciona el marco normativo para asegurar a los consumidores sobre la perfección del contrato. A este respecto recae sobre cada comercializador la responsabilidad de cumplir con todas las obligaciones establecidas en la normativa vigente y de realizar correctamente las preguntas incluidas en la Propuesta. En este sentido, la obligación de incluir un tercero verificador, contratado por cada comercializador no constituye una exigencia legal de este tipo de contratación.
- En las normativas gasista y eléctrica se asigna a OCSUM la función de “*Verificar, mediante el sistema o sistemas creados o desarrollados por la Oficina, que los consumidores han otorgado su efectivo consentimiento al cambio de suministrador*”, de acuerdo con el artículo 3 del Real Decreto 1011/2009. Además, en el marco de esta función, el Real Decreto 104/2010 añade que OCSUM podrá requerir al comercializador toda la documentación que precise “*para asegurar la adecuada aplicación del proceso y su autenticidad*”. La introducción de un tercero

³ En la regulación del sector de las telecomunicaciones se ha incluido la figura del tercero verificador.

verificador implicaría cierta duplicación de la función asignada a OCSUM⁴. Una vez que esté operativo el sistema de verificación, OCSUM tendrá la capacidad de comprobar las grabaciones realizadas por los comercializadores, probablemente a través de un sistema muestral, de modo que, con la implantación de un tercero verificador para cada empresa se estaría innecesariamente añadiendo una duplicación de verificaciones⁵.

- La existencia de un tercero verificador podría traducirse en un mayor coste de captación de clientes para los comercializadores, y, por tanto, podría actuar como un obstáculo al cambio de suministrador, que sólo sería razonable añadir en presencia de una justificación clara.

A la vista de todo lo anterior, esta Comisión valora positivamente la propuesta de grabación de audio de la conformidad del cliente, no considerando necesario que se introduzca la verificación obligatoria por parte de un tercero, si bien es necesario desarrollar la función de la OCSUM de “verificar que los consumidores han otorgado su efectivo consentimiento al cambio de suministrador”.

3.4 Sobre la conformidad del cliente en la contratación electrónica y/o telemática

Respecto de la contratación electrónica/telemática, cabe ante todo señalar que la normativa vigente, y en particular el ya citado Real Decreto 1906/1999 y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI) modificada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, permiten diferentes interpretaciones sobre la posibilidad de distinguir entre contratación electrónica y telemática. De hecho, en el seno del grupo de trabajo de OCSUM se manifestaron dos interpretaciones distintas:

De acuerdo con una posible interpretación, esencialmente fundada en el Real Decreto 1906/1999, no existiría diferencia, sobre la base de la normativa actual, entre contratación electrónica y telemática, y la conformidad del cliente sólo se podría obtener mediante la firma digital avanzada.

El artículo 5 apartado 2 del Real Decreto 1906/1999 establece:

⁴ El sistema de verificación de OCSUM no está todavía operativo, siendo previsto en breve el lanzamiento de un grupo de trabajo, abierto a la CNE y a todos los distribuidores y comercializadores, con el objetivo de determinar el procedimiento de calidad a seguir en esta verificación.

⁵ Cabe precisar que no se trataría de una duplicación estricta: la actividad de verificación realizada por OCSUM tendría carácter muestral y se realizaría ex post con respecto a los cambios de suministrador, mientras la actividad de un tercero verificador contratado por cada empresa consistiría en la realización de la propia grabación sonora. En todo caso, OCSUM tendría que verificar dichas grabaciones, lo que por tanto restaría valor a su realización por parte de un tercero.

“2. ... en los casos de contratación electrónica, deberá utilizarse una firma electrónica avanzada que atribuya a los datos consignados en forma electrónica el mismo valor jurídico que la firma manuscrita, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica. En estos casos, al documento electrónico se acompañará una consignación de fecha y hora de remisión y recepción, en su caso.”

No obstante, según otra interpretación, que hace referencia a la LSSI, la normativa actual contemplaría la posibilidad de celebrar contratos por vía electrónica sin necesidad de contar con una firma electrónica avanzada, por lo que podría distinguirse entre: (a) contratación electrónica con firma digital avanzada en la cual la conformidad del cliente se obtendría a través de la utilización de dicha firma; y (b) contratación realizada con medios telemáticos sin firma digital avanzada, en la cual la conformidad del cliente requeriría un procedimiento similar al previsto por la contratación telefónica.

Así, el artículo 24 de la LSSI dice:

“1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico.

Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental.”

Además, en la Disposición final quinta de la LSSI se establece:

“El Gobierno, en el plazo de un año, modificará el Real Decreto 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, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, para adaptar su contenido a lo dispuesto en esta Ley.

En dicha modificación, el Gobierno tendrá especialmente en cuenta la necesidad de facilitar la utilización real de los contratos electrónicos, conforme al mandato recogido en el artículo 9.1 de la Directiva 2000/31/CE.”

Los agentes (GAS NATURAL FENOSA y CÉNTRICA) que interpretan que, bajo la normativa actual no existe diferencia entre la contratación electrónica y telemática y consideran que la firma digital avanzada es el único medio que permite la identificación fiable de los clientes, consideran que la utilización de un sistema de contratación con medios telemáticos sin firma digital avanzada no garantiza un sistema robusto de identificación de cliente. Por tanto, a su juicio, se debería proponer una iniciativa de cambio de normativa del artículo 5 del Real Decreto 1906/1999 para mantener las garantías exigibles de autenticidad, identificación fiable de los manifestantes, etc. Por último, manifiestan que en caso que se aceptara la modalidad telemática, debe valorarse

la posibilidad de que el cliente adjunte a la web del comercializador su DNI o el poder que le habilite para representarle jurídicamente.

Por otra parte, los agentes (ENDESA, IBERDROLA, HC ENERGÍA, NATURGAS y E.ON ESPAÑA) que consideran que la normativa actual contempla la posibilidad de la celebración de contratos por la vía telemática sin necesidad de contar con firma digital avanzada, proponen que la conformidad del cliente al formalizar altas o cambios de suministrador de gas natural y/o electricidad se pueda obtener, entre otras formas, mediante la utilización de websites en entorno seguro (https). En estos el consumidor introduciría sus datos de identificación en un formulario y expresamente aceptaría la contratación/cambio de suministrador pulsando el correspondiente botón de aceptación.

En relación con esta discrepancia sobre la exigencia o no de firma electrónica avanzada, desde la CNE se señala lo siguiente:

- Es cierto que una primera lectura del Real Decreto 104/2010, en tanto en cuanto se remite expresamente al Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, permitiría deducir la exigencia de firma electrónica avanzada en la contratación electrónica para el suministro de gas. Y ello atendiendo a la literalidad del artículo 5 del referido Real Decreto 1906/1999, que señala expresamente que *“en los casos de contratación electrónica, deberá utilizarse una firma electrónica avanzada”*.
- Sin embargo, la interpretación debe hacerse a la luz de las normas que posteriormente se han ido incorporando al Ordenamiento Jurídico en relación con el comercio electrónico, de las que se desprende que la validez y la fuerza obligatoria de un contrato, no resulta en principio afectada porque las declaraciones de voluntad se emitan de forma electrónica. En este sentido la redacción original del artículo 24 de la Ley 34/2002, de 11 julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Eléctrico, en cuanto a la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica, establecía lo siguiente:

“1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico y, en su caso, a lo establecido en la legislación sobre firma electrónica.”

La Ley 56/2007, de 28 diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, ha modificado la redacción del citado artículo 24, aclarando aun más esta cuestión. La nueva redacción establece lo siguiente:

“ La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico.

Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica.”

- De lo anterior se desprende que, como norma general, son válidos los contratos celebrados por vía electrónica sin firma electrónica, la cual sólo se revela como un instrumento idóneo para proporcionar seguridad en la transacción comercial. Así se desprende de lo expresado en la Exposición de motivos de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, que explica que el ajuste realizado en la redacción del citado artículo 24, a fin de incluir una remisión expresa a la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, tiene por finalidad “destacar así el especial valor probatorio de los contratos electrónicos que sean celebrados mediante el uso de instrumentos de firma electrónica”.

Igual que en el caso de la contratación telefónica, el apartado 5.2 de la Propuesta de Procedimiento prevé que, para los casos de contratación telemática sin firma digital avanzada la prueba documental de la conformidad del cliente sea un registro electrónico que incluya como mínimo la siguiente información introducida por el cliente en el website del comercializador⁶.

CONTENIDO MÍNIMO DEL REGISTRO ELECTRÓNICO DE DATOS PARA RECABAR LA CONFORMIDAD DEL CLIENTE EN LA CONTRATACIÓN TELEMÁTICA SIN FIRMA DIGITAL AVANZADA

1. Información de que los datos que introduzca en los siguientes campos se registrarán en un fichero electrónico.
2. Fecha (día, mes y año) hora (hh:mm en formato de 24h) en que tiene lugar el registro de los datos por vía telemática y dirección IP desde la que accede el cliente.
3. Introducción detallada de la siguiente información:
 - a. Nombre del titular del punto de suministro o denominación de la entidad titular, nombre y DNI del apoderado
 - b. Si es el titular del punto de suministro o el apoderado de la empresa
 - c. Dirección de suministro
 - d. CUPS
 - e. DNI / CIF del titular del punto de suministro
 - f. Conformidad de que ha leído y está conforme con las condiciones de la contratación.
4. Confirmación para contratar con el comercializador [indicar nombre] el suministro de electricidad y/o gas, según las condiciones de la oferta informada, y según las condiciones establecidas en la legislación vigente, y autorización para que el comercializador [indicar nombre] realice a tal efecto las gestiones necesarias con la empresa distribuidora (o en su caso, transportista) del cliente.

⁶ En estos casos, al igual que en el de la contratación telefónica, los comercializadores tendrán la obligación, según lo establecido en el Real Decreto 1906/999, del deber de información previa, confirmación documental y reconocimiento del derecho de resolución al consumidor.

5. *En caso de cambio de suministrador se informa al cliente que la presente contratación supondrá la resolución del contrato de suministro con su anterior empresa comercializadora.*
6. *Se informa al cliente que recibirá la confirmación documental de esta contratación en su domicilio, y que dispondrá a partir de entonces de un periodo de 7 días para ejercer su derecho de revocación.*

Si bien no se pueda garantizar que este registro de datos sea suficiente para cumplir todos los requisitos de contratación que se establecen en el Real Decreto 1906/1999, lo que excede el alcance de la Propuesta de Procedimiento Marco, los participantes del grupo de trabajo que apoyan la contratación telemática sin firma digital avanzada han valorado que aporta información suficiente para poder identificar el contrato y la conformidad del cliente al mismo.

Esta Comisión coincide en dicha valoración, considerando que el conjunto de datos requeridos es suficiente para establecer la fecha y hora del contrato, identificar el cliente, el punto de suministro y el nuevo contrato al que se adhiere, y tener información suficiente para conocer la existencia del contrato entre el consumidor y el comercializador, siendo este último el responsable de realizar las demás actuaciones necesarias para la perfección del contrato.

Asimismo, se valora positivamente que este procedimiento permita impulsar la contratación de gas y electricidad a través de medios telemáticos sin limitar esta modalidad a los contratos con firma digital avanzada (la contratación electrónica con firma digital avanzada ya es posible sobre la base del Real Decreto 1906/1999 y no requiere un procedimiento adicional para determinar la prueba documental de la conformidad del cliente). Esta Comisión entiende que el acceso por Internet es muy importante para el desarrollo de la competencia en los mercados de gas y electricidad, tanto en la realización de las ofertas por parte de los comercializadores, como en la facilitación de un medio de contratación sencillo y práctico a los consumidores, y que se está empleando con éxito en muchos otros sectores de actividad (reservas de hoteles, aviones, tiendas “on-line” etc).

Ahora bien, en ningún caso la mayor sencillez de la contratación telemática sin firma digital avanzada debe suponer menores garantías para los consumidores o dificultar la comprobación de la conformidad del cliente. Como se ha indicado anteriormente, los comercializadores deberán cumplir, en este caso también, con todas las obligaciones del Real Decreto 1906/1999 en cuanto a información previa, registro del consentimiento, confirmación documental y reconocimiento del derecho de revocación. De esta forma, se puede considerar que la contratación telemática sin firma digital ofrece un nivel de fiabilidad equiparable al consentimiento verbal (telefónico) o manuscrito en cuanto a la verificación del consentimiento del cliente. Esto es así porque el registro electrónico de los datos introducidos por el consumidor, que contiene información sobre el momento en que se produjo la aceptación del contrato y la dirección IP desde la que se accedió al website del comercializador, puede constituir un medio de prueba contrastable con el consumidor, de forma análoga al reconocimiento de la voz contenida en una grabación.

En todo caso, para evitar riesgos de fraude, es especialmente importante que los comercializadores dispongan en todo momento de la documentación adecuada para demostrar que no están contraviniendo al requerimiento de la conformidad expresa del consumidor (según la normativa eléctrica y gasista) y/o no están tratando los datos del consumidor sin su consentimiento (lo que podría suponer una vulneración de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal).

4 CONCLUSIONES

Sobre la base del análisis realizado del escrito de OCSUM sobre “Propuesta de Procedimiento Marco de contratación telefónica, electrónica (y telemática) para los mercados de gas natural y electricidad” y en cumplimiento del artículo 3.3 del Real Decreto 104/2010, esta Comisión concluye lo siguiente:

Primero. El alcance de la Propuesta de Procedimiento Marco cumple adecuadamente con el mandato establecido en el Real Decreto 104/2010. La extensión de la propuesta a los sectores del gas y electricidad facilita la homogeneización de actuaciones de cambio de suministrador. Además, la propuesta cumple el objetivo de facilitar la tramitación de las solicitudes de cambio de suministrador que se realicen a través de las vías telefónica y electrónica/telemática, al tiempo que se garantizan los derechos de los consumidores y la existencia de conformidad al cambio de suministrador.

Segundo. Se valora positivamente la propuesta de contenido mínimo de la grabación de audio para recabar la conformidad del cliente en la contratación telefónica, no considerándose necesaria la verificación obligatoria por parte de un tercero contratado por cada comercializador, principalmente porque el Real Decreto 1011/2009 asigna a OCSUM la función de verificar que los consumidores han otorgado su efectivo consentimiento al cambio de suministrador.

Tercero. Se valora positivamente la propuesta de contenido mínimo del registro electrónico de datos para recabar la conformidad del cliente en los casos de contratación de gas y electricidad a través de medios telemáticos sin limitar esta modalidad a la contratación con firma digital avanzada (más segura pero todavía poco implantada en España), apreciando su impacto positivo en impulsar la contratación de gas y electricidad a través de Internet, lo que puede contribuir a fomentar la competencia en estos mercados.

Cuarto. Además de los procedimientos específicos propuestos para determinar el consentimiento del cliente, en todos los casos de contratación telefónica y electrónica/telemática los comercializadores deberán cumplir con todas las obligaciones del Real Decreto 1906/1999 en cuanto a información previa, registro del consentimiento, confirmación documental y reconocimiento del derecho de revocación del cliente.