



Roj: **SAN 624/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:624**

Id Cendoj: **28079230042016100036**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **27/01/2016**

Nº de Recurso: **106/2014**

Nº de Resolución: **56/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 624/2016,**  
**STS 1837/2018**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso:** < i> 0000106 / 2014

**Tipo de Recurso:** < i> PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 01488/2014

**Demandante:** AUDAX ENERGÍA S.L.

**Procurador:** DOÑA LAURA ARGENTINA GÓMEZ MOLINA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veintisiete de enero de dos mil dieciséis.

Visto los autos del recurso contencioso-administrativo número **106/2014** que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido AUDAX ENERGÍA S.L., representada por la procuradora doña Laura Argentina Gómez Molina, contra la Resolución de 21 de enero de 2014 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Ha comparecido como parte demandada la Administración del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** .- Con fecha 21 de marzo de 2014, tuvo entrada recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 21 de enero de 2014 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se rechaza el recurso de alzada que interpuso frente al acto del Director de Energía de 26 de noviembre de 2013.

**SEGUNDO** .- Reclamado el expediente se formalizó demanda el 23 de junio de 2014 suplicando « *[d]icte Sentencia por la que estimando el Recurso interpuesto por mi mandante declara nula dicha Resolución por no se conforme a derecho [...]* ».

Entre los motivos, puntualiza que la Orden IET/247/2013 no iba destinada a Audax, sino a otra una comercializadora de energía eléctrica; (i) atribuye a Ibercur (que formuló denuncia a la Administración) el interés en llevarse a los clientes de Orus «despistados», pagando de este modo el precio de la tarifa de último recurso con un recargo del 20%. Niega que entre Audax y Orus exista vinculación o participación directa o indirecta. Destaca la diferencia entre punto de suministro y cliente. (ii) Suscita dudas sobre la forma en que la ley establece como una comercializadora debe conseguir el consentimiento del consumidor. (iii) Cuestiona la cobertura legal bajo la que se le ha pedido la información, negando la posibilidad que OCSUM tiene al respecto; además de cuestionar la forma y la falta de individualización en la forma de realizar el requerimiento por su volumen y falta de detalle; lo que se proscribía es que sea generalizado e indiscriminado. (iv) Por último, considera que el cauce utilizado ni protege a la recurrente ni asegura la confidencialidad comercial, duda de la capacidad y cualificación profesional de quienes lo practicaron y de que esta información pueda caer en manos de la competencia.

**TERCERO** .- El abogado del Estado contestó a la demanda el 18 de diciembre de 2014, solicitando la íntegra desestimación del recurso.

**CUARTO** .- Acordado el recibimiento del litigio a prueba y admitida la documental aportada, se declaró concluso para votación y fallo, que tuvo lugar el 20 de diciembre de 2015.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTO DE DERECHO

**PRIMERO** .- La resolución impugnada rechazó el recurso de reposición que AUDAX ENERGÍA S.L. (en lo sucesivo Audax) dedujo frente a un acuerdo del Director de Energía de 26 de noviembre de 2013, en el que reiteraba un requerimiento de información dirigido a Audax sobre los clientes traspasados desde entidad ORUS ENERGIA S.L. (en adelante Orus).

Para la mejor comprensión del presente recurso es necesario poner de relieve determinados acontecimientos previos a los acuerdos impugnados.

1- Por Orden IET/247/2013, de 11 de febrero, se acordó el traspaso de clientes de Orus a un comercializador de último recurso. El traspaso se acordó en virtud del artículo 44.5 de la anterior Ley 54/1997, de 27 de noviembre, en vista del incumplimiento de sus obligaciones por parte de Orus. El apartado cuarto de la Orden declaró que los clientes de Orus que no hubiesen formalizado un contrato de suministro con una comercializadora en el plazo indicado por la Orden, automáticamente se entendería que consentían en obligarse con el comercializador de último recurso que correspondiese.

2- Se recibió el 17 de abril de 2013, en la anterior Comisión Nacional de Energía (o CNE, hoy CNMC), un oficio de 12 de abril de 2013, de la Dirección General de Política Energética y Minas, que ponía en conocimiento un escrito de Iberdrola Comercialización de Último Recurso, SAU, (Ibercur) en el que indicaba que se podría haber producido un traspaso masivo de clientes de ORUS a un nuevo comercializador «libre»; concretamente, 8.266.

3- Se da la circunstancia de que Audax es una empresa 100% dependiente de Orus. Lo que suscitó sospechas sobre si el traspaso de los clientes de Orus a Audax se había realizado con arreglo a derecho y, en especial, previa obtención del consentimiento de tales clientes, o, en definitiva, se había llevado a cabo una sustitución entre las dos entidades.

4- El 30 de mayo de 2013 el Consejo de la anterior CNE, abrió un período de información dirigiendo sendos oficios a Orus y Audax, en los que se indicaba:

(i) « *Esta Comisión ha tenido conocimiento de que ORUS ENERGÍA, S.L. ha enviado cartas a sus clientes, comunicándoles el inicio del proceso de fusión de las comercializadoras ORUS Energía, S.L y AUDAX Energía, S.L, bajo el nombre AUDAX ENERGÍA S.L.* ».

(ii) « *De acuerdo con la información disponible en esta Comisión a 18 de marzo de 2013, el 81% de los clientes de ORUS Energía, S.L han sido traspasados a AUDAX ENERGÍA S.L. en el plazo de un mes* ».



(iii) « A la vista de los datos del registro mercantil que figuran en el BORME del lunes 1 de octubre de 2012. ORUS ENERGÍA, SL es el socio único de AUDAX ENERGÍA, S.L .»

(iv) Se pidió a Audax, entre otros extremos « Si tramitó las solicitudes de cambio de suministrador de los clientes que previamente habían sido suministrados por ORUS contando con su consentimiento expreso al cambio ».

4- El 14 de junio de 2013, Audax contestó a dicho oficio, que en lo relativo al consentimiento de los clientes traspasados desde Orus se limitó a afirmar que Audax « siempre recaba el consentimiento expreso de sus clientes con carácter previo ». No obstante, los contratos no fueron aportados.

5- Correlativamente, la Oficina de Cambios de Suministrador S.A. (OCUSUM) requirió el 5 de julio de 2013, sobre el traspaso de clientes de Orus a Audax, que fue contestado por Audax afirmando que la información ya estaba en poder de la Administración, lamentando el breve tiempo concedido, además de tratarse de información comercialmente sensible.

6- El 26 de noviembre de 2013 el Director de Energía dictó el oficio recurrido en reposición, reiterando el requerimiento a Audax para la remisión de la información sobre los clientes traspasados desde Orus, en los siguientes términos:

(i) « La información que se solicita a AUDAX ENERGÍA, S.L. consistente en los contratos de los clientes que constituyen el soporte del consentimiento expreso prestado por los consumidores, se encuentra incluida entre los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 11, Comunicación de datos de la Ley 15/1999, en particular, en sus apartados a) y c), que contiene diversas excepciones que dispensan de la prestación del consentimiento previo a la cesión ».

(ii) « Las funciones de supervisión que ejerce la CNMC se encuentran previstas en norma con rango legal y desarrolladas reglamentariamente, y en su virtud, la CNMC está legitimada para verificar la correcta prestación del efectivo consentimiento ».

7- Por escrito de 17 de diciembre de 2013, se presentó por Audax un recurso de reposición contra el anterior, y cuya desestimación completa la actividad impugnada en el presente recurso contencioso-administrativo.

**SEGUNDO** .- Antes de entrar a resolver el presente recurso, debemos resaltar que no se trata de analizar el alcance de las consecuencias de la Orden IET/247/2013, de 11 de febrero, por la que se determina el traspaso de los clientes de Orus Energía, S.L. a un comercializador de último recurso (BOE de 18 de febrero), ni la actuación y requerimiento que efectuó la Oficina de Cambios de Suministrador S.A. (OCSUM). Y no porque esta última entidad, creada por la disposición transitoria tercera de la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, con fecha 30 de junio de 2014 (BOE de 27 de diciembre), haya cesado en sus funciones, asumidas a partir del 1 de julio de 2014 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC); sino porque el requerimiento que realizó el 5 de julio de 2013 esta sociedad de capital mixto, no es objeto del presente recurso.

Solo ha sido impugnado y es objeto del presente recurso el requerimiento realizado el 26 de noviembre de 2013 por el Director de Energía.

**CUARTO** .- Pese a lo dicho, no está de más recordar que la Orden IET/247/2013, se dictó debido al procedimiento de extinción de la habilitación de Orus como comercializadora de energía eléctrica por la Dirección General de Política Energética y Minas, por incumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos 44 y 45 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; para ello se establecían unos plazos a fin de que los consumidores procedieran a formalizar un contrato de suministro de energía con otra comercializadora. En el punto séptimo 3 de la Orden, se establecía que « En el plazo máximo de 5 días hábiles desde la publicación de la presente orden en el «Boletín Oficial del Estado», la comercializadora saliente Orus Energía, S.L., deberá informar a los consumidores afectados de la extinción de su habilitación como comercializadora y del traspaso de sus clientes a una comercializadora de último recurso, mediante el envío de un escrito de acuerdo al modelo incluido en el anexo II de la presente Orden ». En torno al cumplimiento de estas obligaciones, se efectuaron los requerimientos de información impugnados.

**QUINTO** .- En cuanto al requerimiento impugnado, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE de 5 de junio) en su artículo 7, reconoce la CNMC con carácter general las funciones de supervisión y control del correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural, recogiendo expresamente entre sus atribuciones, en el número 4, la de « Velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador ». Dentro de su estructura orgánica, el artículo 25.1.c) atribuye a la Dirección de Energía, la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los artículos 7 y 12.1.b) de esta Ley. Completando el régimen jurídico, el artículo 28.1 establece de manera expresa que « Toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de cualquier Administración Pública quedan sujetos al deber de colaboración con la Comisión Nacional de



*los Mercados y la Competencia en el ejercicio de la protección de la libre competencia y están obligados a proporcionar, a requerimiento de ésta y en plazo, toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias para el desarrollo de las funciones de dicha Comisión.*

*Los requerimientos de información habrán de estar motivados y ser proporcionados al fin perseguido. En los requerimientos que dicte al efecto, se expondrá de forma detallada y concreta el contenido de la información que se vaya a solicitar, especificando de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa tal información y el uso que pretende hacerse de la misma .».*

Los preceptos legales citados ponen de manifiesto que la CNMC, en este caso a través de la Dirección de Energía, estaba perfectamente facultada para la práctica del requerimiento efectuado, con el fin de comprobar si, efectivamente, en el proceso abierto a raíz de la extinción de la habilitación de Orus como comercializadora, los clientes fueron correctamente informados para poder suscribir nuevos contratos con otra comercializadora de último recurso.

A pesar de que la actora niega que fuera la destinataria de la Orden IET/247/2013, y no tener vinculación alguna con Orus, la comprobación que la CNMC hizo en el Registro Mercantil el 1 de octubre de 2012, puso de manifiesto que el administrador y socio único de Audax era Orus. Por lo tanto, y a pesar de que el origen está en la pérdida de la autorización de Orus como comercializadora, parece que Audax se hizo, cuanto menos, con 8.266 de los clientes, un porcentaje aproximado al 81%, de los que tenía Orus. Es decir, parece que la mayoría de la clientela de Orus pasó a su participada y administrada Audax.

Para el esclarecimiento de esta situación, se efectuaron los requerimientos en los que se explicita el por qué y su alcance, lo que nos permite descartar la falta de motivación en los términos del artículo 54 de la Ley 30/1992, permitiendo conocer a la recurrente su contenido y abriendo la vía a su impugnación. Lo cierto es que, a pesar de estar debidamente motivados o individualizados, no fueron atendidos, al menos en cuanto a la aportación de los contratos suscritos.

La sospecha de falta de profesionalidad del personal encargado o depositario de recoger la información, ni se justifica ni se explica, más allá de la simple afirmación de parte. Por otro lado, en cuanto a la confidencialidad de la información que podría afectar a estrategias empresariales, parece olvidar que la confidencialidad está amparada y contemplada por el artículo 18.2« *por tratarse de materias protegidas por el secreto comercial, industrial o estadístico, sólo podrán ser cedidos al Ministerio competente, a las Comunidades Autónomas, a la Comisión Europea y a las autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, así como a los tribunales en los procesos judiciales correspondientes .»*; por este motivo « *quien tenga conocimiento de estos datos estará obligado a guardar sigilo respecto de los mismos. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder, la violación del deber de sigilo se considerará falta disciplinaria muy grave .»*. Por otro lado, como indica la resolución impugnada, si algún temor tenía sobre este extremo, podía haber instado que se hubiera declarado el carácter confidencial de la información que debía facilitar.

Por todo ello, ningún reproche de ilegalidad cabe hacer al requerimiento impugnado.

**SEXTO.-** Lo dicho nos conduce a la íntegra desestimación del presente recurso, con imposición de las costas a la actora de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley de esta Jurisdicción .

## FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por AUDAX ENERGÍA S.L. contra la Resolución de 21 de enero de 2014 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; con expresa imposición de costas a la actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso ordinario de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de la que yo, el Secretario, doy fe.