



Roj: **STS 1837/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1837**

Id Cendoj: **28079130032018100200**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **25/05/2018**

Nº de Recurso: **841/2016**

Nº de Resolución: **861/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 861/2018**

Fecha de sentencia: 25/05/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **841/2016**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: ELC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **841/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 861/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente



D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 25 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número 008/0841/2016, interpuesto por la procuradora doña Laura-Argentina Gómez Molina, en representación de la mercantil AUDAX ENERGÍA, S.L., contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2016, que desestimó el recurso contencioso-administrativo 106/2014, formulado contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 21 de enero de 2014, que desestimó el recurso de alzada planteado contra el Acto del Director de Energía del Organismo Supervisor de 26 de noviembre de 2013, por el que se adoptó un requerimiento de información en relación con los clientes traspasados dese la entidad Orus Energía, S.L.

Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 106/2014, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 27 de enero de 2016, cuyo fallo dice literalmente:

« 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. » .

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la mercantil AUDAX ENERGÍA, S.L. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 15 de marzo de 2016 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de la mercantil AUDAX ENERGÍA, S.L. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, presentando escrito de interposición del recurso de casación de fecha 27 de abril de 2016 en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, admitiendo este escrito junto con sus copias y los documentos que acompaño se sirva tener por comparecido, y personado, a esta parte en el presente recurso en nombre y representación de mi mandante AUDAX ENERGÍA S.A.; por formalizada, en tiempo y forma, la presente interposición de recurso de casación preparado contra la Sentencia de fecha 27-1-16, dictada por la Sección 4<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 106/2014; admitirlo y tramitarlo conforme a Derecho; y, en su día, dictar Sentencia por la que se case la recurrida, resolviendo en los términos previstos en el artículo 95.2 apartado c y d e la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con imposición de costas.

Por Otrosí interesa la celebración de Vista. » .

**CUARTO.-** La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto el 27 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva dice literalmente:

«1º.- Inadmitir el segundo motivo casacional del recurso de casación nº **841/2016**, interpuesto por Audax Energía S.A. contra la sentencia de 27 de enero de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4<sup>a</sup>, dictada en el recurso nº 106/2014 .



2º. - Admitir el recurso en todo lo demás; y para la sustanciación del recurso en la parte que ha sido admitido, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de la Sala, de conformidad con las normas de reparto de asuntos.

3º. - Sin costas. » .

**QUINTO.**- Por diligencia de ordenación de fecha 30 de noviembre de 2016, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado por escrito presentado el 21 de diciembre de 2016, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos, y lo concluyó SOLICITANDO:

« que habiendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo, tenga por **IMPUGNADO EL RECURSO DE CASACIÓN y FORMULADA OPOSICIÓN FRENTE AL MISMO** para resolverlo mediante sentencia que **LO DESESTIME** . Con costas. » .

**SEXTO.**- Por providencia de fecha 23 de febrero de 2018, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 16 de mayo de 2018, fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de la mercantil AUDAX ENERGÍA, S.L., contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2016 , que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 21 de enero de 2014, que desestimó el recurso de alzada planteado contra el Acto del Director de Energía del Organismo Supervisor de 26 de noviembre de 2013, por el que se adoptó un requerimiento de información en relación con los clientes traspasados dese la entidad Orus Energía, S.L.

El Tribunal de instancia fundamenta la desestimación del recurso contencioso-administrativo con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] 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.

[...] 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.

[...] 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.

[...] 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. » .

El recurso de casación se articula en la formulación de tres motivos de casación, debiendo ceñir nuestro análisis al examen del primer y del tercer motivos de casación, en cuanto fue inadmitido el segundo motivo por Auto de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2016 , debido a su deficiente formalización.

El primer motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se fundamenta en la infracción del artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , de los artículos 27 y 28 de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en relación con la vulneración de los artículos 9.1 , 9.3 , 10,1 , 24.1 , 33.3 y 53 de la Constitución española .

En el desarrollo del motivo de casación se aduce que la sentencia recurrida ha omitido la valoración de los argumentos expuestos en el escrito de demanda y en el escrito de conclusiones, respecto de que el requerimiento de información es contrario a Derecho porque no solicita «información», sino que exige la entrega de mas de 8.000 contratos (originales y que contienen secretos comerciales e información comercialmente sensible) sin ningún respeto al secreto comercial y sin limitación temporal alguna por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de retener esa documentación.



El tercer motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se sustenta en la infracción de los principios generales del derecho a que alude el artículo 1.1 del Código Civil, y, particularmente, del principio de presunción de inocencia y del principio de proporcionalidad.

La presunción de inocencia se habría quebrantado por cuanto el fallo de la sentencia recurrida parte de una presunción de culpabilidad de Audax al dar por sentado que es una empresa 100 % dependiente de Orus, cuando ninguna prueba existe de ello en autos.

El principio de proporcionalidad se habría vulnerado en cuanto es evidente que al Director de energía le cabían soluciones alternativas más proporcionadas al fin perseguido y menos gravosas (por ejemplo solicitar información de cómo se obtuvo el consentimiento de los clientes y si la misma fue telemática, telefónica o personal).

#### **SEGUNDO.- Sobre el examen de los motivos de casación formulados por AUDAX ENERGÍA, S.L.**

El primer motivo de casación formulado, fundado en la infracción del artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de los artículos 27 y 28 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en relación con la vulneración de los artículos 9.1, 9.3, 10.1, 24.1, 33.3 y 53 de la Constitución española, no puede ser estimado.

Esta Sala considera que el Tribunal de instancia ha realizado una interpretación adecuada de los artículos 27 y 28 de la Ley 3/2013, al sostener que la Dirección de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estaba perfectamente facultada para la práctica del requerimiento de información efectuado, con el fin de comprobar si en el proceso abierto de traspaso de clientes, a raíz de la extinción de la habilitación de la Compañía Orus como comercializadora, éstos fueron correctamente informados para poder suscribir nuevos contratos con una comercializadora de último recurso, tal como se había previsto en la Orden IET/247/2013, de 11 de febrero.

En este sentido, apreciamos que, tal como se pone de manifiesto, con solidez y rigor jurídico, en la sentencia impugnada, la documentación interesada por el Director de Energía de la Comisión de los Mercados y la Competencia a la empresa Audax Energía, S.L., consistente en que aporte en el plazo de veinte días hábiles los contratos de todos los clientes que siendo de Orus Energía, S.L. a 18 de febrero de 2013, pasaron a serlo de Audax Energía, S.L. entre el 18 de febrero de 2013 y el 18 de marzo de 2013, no desborda el objeto ni el contenido de los requerimientos de información previsto en el artículo 28 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en cuanto consideramos que la entrega de dicha documentación era necesaria para investigar adecuadamente los hechos que habían sido denunciado por Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S.A.U: (Ibercur) por escrito presentado ante el Órgano Supervisor del funcionamiento del mercado eléctrico el 17 de abril de 2013.

Conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta, entre otras, en las sentencias 8 de junio de 2010 ( RC 3708/2007), de 17 de enero de 2011 ( RC 4974/2008 ) y de 31 de octubre de 2017 ( RC 1062/2017 ), estimamos que en este supuesto, como aprecia el Tribunal de instancia, era pertinente el requerimiento de información formulado por la Dirección de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la medida que se solicitaban aquellos documentos de los que se pueden extraer datos que resulten imprescindibles para llevar a cabo la investigación sobre el traspaso de clientes de la anterior comercializadora.

El requerimiento de información objeto de este litigio se revela coherente con la obligación que ex lege asume el propio Órgano Supervisor de velar por el correcto funcionamiento del mercado eléctrico, así como por el cumplimiento de la normativa y los procedimientos que se establezcan, relacionados con el cambio de suministrador, tal como indica la sentencia impugnada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Tampoco entendemos que deba casarse la sentencia impugnada, tal como propugna la defensa letrada de la mercantil recurrente, por haberse exigido la entrega de más de 8.000 contratos que contienen datos comerciales sensibles, sin ningún respeto -según se aduce- al secreto comercial, en cuanto observamos que en el formulación de este apartado del primer motivo de casación, no se cuestionan de forma convincente los argumentos jurídicos de la sentencia impugnada, que expone que la confidencialidad de la documentación contractual requerida está amparada por el artículo 28.2 de la Ley 3/2013 (por error se cita el artículo 18.2), que impone límites a la cesión de datos a terceros por parte del Órgano Supervisor preservando la confidencialidad de los mismos.



Debe señalarse, al respecto, que el Tribunal de instancia no ha desconsiderado el artículo 45.1 i) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que dispone que serán obligaciones de las empresas comercializadoras en relación al suministro de energía eléctrica «preservar el carácter confidencial de la información de la que tenga conocimiento en el desempeño de su actividad, cuando de su divulgación puedan derivarse problemas de índole comercial, en cuanto este deber de sigilo se establece sin perjuicio de la obligación de información a las Administraciones públicas.

El tercer motivo de casación, fundado en la infracción de los principios generales del derecho a que alude el artículo 1.1 del Código Civil, y, particularmente, del principio de presunción de inocencia y del principio de proporcionalidad, debe ser desestimado.

Esta Sala no comparte la tesis argumental que desarrolla la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que la sentencia recurrida parte de una presunción de culpabilidad de Audax, al dar por sentado que es una compañía 100 % dependiente de Orus cuando no existe ninguna prueba de ello, pues la acreditación de este hecho en nada desvirtúa la validez del requerimiento de información efectuado por la Dirección de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

En este sentido, observamos que, tal como aduce acertadamente el Abogado del Estado en su escrito de oposición, carece de fundamento la invocación del derecho a la presunción de inocencia, cuando se trata de delimitar el cumplimiento de la obligación de suministrar información a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que actúa en el ámbito de sus funciones de supervisión del acertado funcionamiento del mercado eléctrico, que no prejuzga la incoación de un procedimiento sancionador.

Es necesario tener en cuenta que el requerimiento de información, no es un acto de terminación del procedimiento, sino un acto de trámite dictado en el periodo informativo previo o bien en el curso de un procedimiento, con lo que el requisito de motivación debe flexibilizarse. Se trata de actos de instrucción dirigidos, como dice el artículo 78 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Desde esta perspectiva la motivación normalmente viene dada por el fin que persiguen -acopio de material instructorio-, y por el objeto del procedimiento dentro del cual se realizan, ya que exigir un plus sobre esto llevaría en muchos casos a la imposibilidad de practicar investigación, cuyos resultados son aleatorios y pueden resultar estériles.

Tampoco apreciamos que la sentencia impugnada haya vulnerado el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al declarar que es conforme a Derecho el requerimiento de información efectuado por la Dirección de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a pesar -según se aduce-, de que podrían haberse adoptado medidas menos gravosas y más proporcionadas al fin perseguido.

En este sentido, estimamos que la documentación contractual interesada está debidamente justificada en relación con la finalidad perseguida por la investigación, por lo que entendemos que el requerimiento de información es acorde con el principio de proporcionalidad.

No cabe eludir que, tal como se subraya en la sentencia impugnada, el 13 de mayo de 2013 la Comisión Nacional de Energía había abierto un periodo de información, y que el 5 de junio de 2013 se había ya efectuado un previo requerimiento de información por la Oficina de Cambio de Suministrador, y que la documentación requerida se ajusta al objeto de la investigación, que es comprobar si, efectivamente, en el proceso abierto de cambio de comercializador, tras la adopción de la Orden IET/247/2013, de 11 de febrero.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse los motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil AUDAX ENERGÍA, S.L. contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2016, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 106/2014.

### **TERCERO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros, más IVA si procede, a la parte recurrida.



## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

**Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la mercantil AUDAX ENERGÍA, S.L. contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de enero de 2016, dictada en el recurso contencioso- administrativo número 106/2014 .

**Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Maria Isabel Perello Domenech Diego Cordoba Castroverde

Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.