

**RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO POR  
AUDAX ENERGÍA, S.L., CONTRA EL ACTO DEL DIRECTOR DE  
ENERGÍA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2013 (R/DE/0010/14).**

**SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC**

**Presidenta**

D<sup>a</sup> María Fernández Pérez

**Consejeros**

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Guinart Solá

D<sup>a</sup> Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

**Secretario de la Sala**

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 21 de enero de 2014

Visto el expediente relativo al recurso presentado por Audax Energía, S.L., contra el acto adoptado por el Director de Energía de 26 de noviembre de 2013, consistente en ordenar a AUDAX ENERGÍA, S.L que entregue a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia los contratos de 8.266 clientes, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ACUERDA lo siguiente:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.- Antecedentes y acto objeto de recurso.**

El primer antecedente de este asunto lo constituye la Orden IET/247/2013, de 11 de febrero, por la que se determina el traspaso de clientes de Orus Energía, SL 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.

El 17 de abril de 2013 se recibió 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, por el que se dio traslado de un escrito de Iberdrola Comercialización de Último Recurso, SAU, (Ibercur) sobre el traspaso de clientes de Orus. Ibercur señaló la posibilidad de que *“se haya producido un traspaso masivo de clientes de ORUS a un nuevo comercializador [libre]”*.

El 30 de mayo de 2013 el Consejo de la anterior CNE acordó iniciar un período de información previa respecto del traspaso de clientes de Orus. Por oficio de misma fecha, dirigido tanto a Orus como a Audax, señaló:

- *“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 SL”*.
- *“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”*.
- *“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, SL.”*

En vista de lo anterior, existían indicios de que Orus Energía y Audax Energía actuaron para eludir el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Orden de traspaso de clientes y, en particular, de la obligación de traspasar a un comercializador de último recurso a los clientes de Orus que no hubiesen suscrito un contrato de suministro en determinadas fechas. Dicho de otro modo, Audax podría haber venido a ocupar la posición jurídica de Orus, en vista de la inhabilitación de esta última como comercializadora. Ello exigía averiguar 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. De ahí que el oficio requiriese a Audax información, entre otros extremos, sobre *“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”*.

Por escrito de 14 de junio de 2013, Audax contestó a dicho oficio. En lo relativo al consentimiento de los clientes traspasados desde Orus se limitó a afirmar que: *“AUDAX ENEGÍA S.L siempre recaba el consentimiento expreso de sus clientes con carácter previo”*, pero sin justificar dicha afirmación.

Por oficio de 5 de julio de 2013, la antigua CNE requirió información a OCSUM sobre el traspaso de clientes de Orus a Audax. En particular, se solicitó de OCSUM la justificación documental que acredita la voluntad del cliente de

cambiar de suministrador a favor de Audax. Igualmente, se requería información sobre cuatro concretos CUPS, sobre los cuales constaba a la anterior CNE la presentación de denuncias de los particulares por falta de prestación del consentimiento.

Por escrito de 18 de julio de 2013 OCSUM contestó a dicho requerimiento en los siguientes términos:

- Que se había requerido a Audax Energía *“el historial detallado de los 8.055 procesos de cambio de suministrador indicados en el oficio de la CNE, con aportación de copia de los contratos de suministros y de la justificación documental que acredita la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor”*.
- Que Audax se negó a proporcionar información a OCSUM pues la información ya obraría *“en poder de la Administración actuante”*, además de ser el tiempo concedido insuficiente y de tratarse de información comercialmente sensible.

El 26 de noviembre de 2013 el Director de Energía dictó el oficio objeto de recurso. El mismo, tras resumir los antecedentes anteriores, señaló:

- *“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”*.
- *“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”*.

En vista de ello, el oficio reiteró el requerimiento a Audax de remisión de la información sobre los clientes traspasados desde Orus.

### **Segundo.- Interposición del recurso.**

Por escrito de 17 de diciembre de 2013, presentado por correo administrativo de 18 de diciembre de 2013, con entrada en el registro de la CNMC el 23 de diciembre de 2013, Audax presentó un “recurso de reposición” contra el anterior oficio de 26 de noviembre de 2013.

El escrito señala que *“El requerimiento de entrega de documentación que se recurre infringe lo establecido en el artículo 28.1 de la Ley 3/2013 y no garantiza tampoco el debido cumplimiento de lo establecido en el artículo 28.2*

del mismo Texto Legal'. Audax fundamenta la supuesta infracción del citado artículo 28 de la Ley 3/2013 en las siguientes razones:

- Que el requerimiento exige la entrega indiscriminada de documentación, sin motivación suficiente, de forma desproporcionada, y con base en una Orden que no se dirige a Audax (sino a Orus).
- Que el requerimiento no solicita información detallada y concreta, sino la entrega de más de ocho mil documentos contractuales en su integridad.
- Que el requerimiento debe especificar de manera justificada la función para cuyo desarrollo es precisa la información y el uso que pretende hacerse de la misma, lo que no sucedería.

En vista de ello, Audax solicita que se tenga por presentado recurso “*contra el Acto/Decisión del Director de Energía de 26 de noviembre de 2013, recurso que se interpone al amparo de lo previsto en los artículos 62.1 y 107 de la Ley 30/1992... por considerar la resolución recurrida nula de pleno derecho por infracción de la Ley, por producir la misma un perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de Audax Energía y causar indefensión.*”

Por otrosí primero, Audax solicita que se le notifique la resolución del recurso con indicación de si es o no definitivo en vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan y el órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para interponerlos.

Por otrosí segundo, al amparo del artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, la recurrente solicita la suspensión del acto impugnado en tanto se resuelve sobre el presente recurso.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **A. FUNDAMENTOS JURÍDICO-PROCEDIMENTALES**

#### **Primero. Requisitos de forma**

El recurso cumple los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante, Ley 30/1992).

#### **Segundo. Calificación**

El artículo 107 de la Ley 30/1992 establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de

reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica su escrito como recurso de reposición contra la decisión de 26 de noviembre de 2013 del Director de Energía de la CNMC.

El artículo 36.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, señala que *“Los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”*.

Tal remisión debe entenderse hecha al recurso de alzada previsto en los artículos 114 y 115 de la Ley 30/1992. El artículo 114.1 de esta última Ley señala: *“Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 107.1, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en alzada ante el órgano superior jerárquico del que los dictó”*. Así pues, las decisiones del Director de Energía son recurribles en alzada ante la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

El artículo 110.2 de la Ley 30/1992 dispone que *“El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*. Así pues, se tiene por interpuesto recurso de alzada contra la decisión del Director de Energía de 26 de noviembre de 2013, aunque el recurso se califique erróneamente como de reposición.

### **Tercero. Competencia y plazo**

De conformidad con lo establecido en el artículo 107 de la Ley 30/1992, en los artículos 14.1 y 21.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, así como en los artículos 8.2.d) y 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la competencia para resolver el recurso corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC. El recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de tres meses desde el día siguiente a su interposición, según el artículo 115.2 de la Ley 30/1992.

## **B. FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES**

### **Primero. Motivos en que se fundamenta el recurso**

Audax fundamenta su recurso en los artículos 107.1 y 62.1 de la Ley 30/1992, por vulneración del artículo 28 de la Ley 3/2013, de 4 de junio. En particular, el oficio del Director de Energía de 26 de noviembre de 2013, acto recurrido, sería contrario al artículo 28 de la citada Ley 3/2013, con infracción del artículo 62.1 de la Ley 30/1992, siendo impugnable a tenor del artículo 107.1 de la misma Ley.

Audax señala los siguientes motivos por los que el requerimiento del Director de Energía vulneraría el artículo 28 de la Ley 3/2013:

- El requerimiento sería desproporcionado y se fundamentaría en una Orden que no se dirige a Audax, sino a Orus.
- El requerimiento no solicitaría información concreta, sino la remisión de más de ocho mil documentos contractuales, sin que, además, se prevea normativamente el modo de documentar el consentimiento.
- El requerimiento no especificaría de manera justificada la función para cuyo desarrollo la información es precisa y el uso que pretenda hacerse de la misma.

Tales alegaciones no pueden aceptarse. Tras analizar la admisibilidad, la cual procede en aplicación de un principio *pro actione*, se explican los motivos de la desestimación, al no concurrir las infracciones señaladas.

### **1) Sobre la admisibilidad**

El recurso de Audax se interpone frente a un acto de trámite dictado en un período de información previa. Audax considera dicho acto recurrible porque el mismo produciría “*un perjuicio irreparable a los derechos e intereses legítimos de AUDAX ENERGÍA SL*”, además de “*causar indefensión*”. Sin embargo, el recurso no aclara cuál sea el perjuicio irreparable, o la supuesta indefensión.

De entrada cabría descartar que exista indefensión. La finalidad del oficio impugnado es, precisamente, dar a Audax una nueva oportunidad de aclarar las circunstancias del traspaso de los clientes de Orus. Al respecto, dicha empresa podía realizar las alegaciones y presentar la documentación que considerase oportuna para acreditar la regularidad del traspaso efectuado. De otro lado, al tratarse de un oficio emitido en un período de información previa, es obvio que el mismo no adopta decisión alguna que produzca indefensión a Audax.

Tampoco queda claro cuál sea el perjuicio irreparable que se causa. El acto impugnado es un requerimiento de información sobre documentación que la comercializadora está obligada a conservar y que el Director de Energía está facultado a reclamar. Audax menciona en su escrito la posibilidad de que la información solicitada sea “comercialmente sensible”, o “secreta”. Si tal fuera el caso, bastaría con que Audax solicitase la confidencialidad de la misma al tiempo de su remisión. En lugar de ello, Audax se ha negado reiteradamente, durante la tramitación de la información previa, a proporcionar el más mínimo detalle sobre las circunstancias del traspaso de los clientes de Orus.

Sin perjuicio de lo anterior, en aplicación de un principio *pro actione* se admite a trámite el recurso y se analizan las razones por las que procede la desestimación del mismo en cuanto al fondo.

### **2) Falta de concurrencia de las infracciones alegadas**

Audax alega que el requerimiento de información: a) es desproporcionado; b) no concreta la información que se solicita; y c) no explica la función que se realiza ni el uso que se pretende dar a la información. Desarrollamos las razones por las que tales argumentos deben desestimarse.

#### **a) Desproporción de la información solicitada.**

La alegación de Audax sobre la desproporción del requerimiento no puede aceptarse. La proporción o desproporción de un requerimiento es algo a valorar en función de la conducta que se investiga. En este caso, el Director de Energía investiga el traspaso de 8.266 clientes de Orus a Audax (el 81% de los suministrados por la primera) en condiciones que podrían ser contrarias a la regulación sectorial eléctrica. A fin de investigar tales hechos, no cabe a dicho Director solución distinta que el análisis de la documentación que sirvió de base a dichas transmisiones, para acreditar la conformidad o no a derecho de las mismas, y en particular si medió el consentimiento de tales clientes.

La actitud de Audax denota una clara voluntad de no cumplir. El primer requerimiento de información sobre el consentimiento prestado por los clientes traspasados se emitió el 30 de mayo de 2013. Audax contestó en términos escuetos, pero sin proporcionar información. Por oficio de 5 de julio siguiente, se requirió a Audax el envío de la correspondiente documentación, a través de OCSUM. Audax se negó a proporcionar información. El oficio de 26 de noviembre de 2013, acto recurrido, insistió en el requerimiento de información, con el mismo resultado: no se obtuvo de Audax dato o información alguna.

De lo anterior resulta que Audax no ha mostrado en ningún momento la menor voluntad de colaborar con la Administración. En particular, no solicitó la ampliación de los plazos concedidos para la remisión de documentos, si le parecían insuficientes, ni solicitó la declaración de confidencialidad de dicha documentación, si consideraba la misma comercialmente sensible. Al contrario, la recurrente ha eludido en todo momento facilitar información, empleando argumentos formalistas.

Audax también afirma que el requerimiento de información se fundamenta en una orden dirigida a Orus, y no a ella (*“la Orden IET/247/2013 no afectaba ni afecta a AUDAX ENERGÍA ni a los clientes de ésta”*). Este argumento es inadmisibile. Baste decir que el 81% de los clientes de Orus se traspasaron a Audax, y que existen claros indicios de vinculación entre ambas sociedades, sin que Audax haya disipado las sospechas acreditando el consentimiento de los clientes de contratar con ella. Por tanto resulta innegable la aplicación a este caso del artículo 7.4 de la Ley 3/2013, que asigna a la CNMC la función de velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador, entre otras funciones de supervisión del mercado minorista y de la competencia en el mismo.

#### **b) Falta de concreción del requerimiento.**

Audax señala que el requerimiento no tiene la suficiente concreción porque reclama indiscriminadamente documentación sobre más de ocho mil contratos.

Lo relativo al ámbito material del requerimiento ya se ha tratado: si el mismo solicita documentación sobre más de ocho mil contratos es porque tal es el número de clientes traspasados desde Orus a Audax, en circunstancias dudosas. Y si Audax se refiere a que el requerimiento no aclara cuál sea la documentación solicitada, tal alegación tampoco podría admitirse. La concreción del oficio es absoluta:

- Expresó con total claridad los contratos a los que se refiere: *“Los contratos de todos los clientes que siendo de ORUS ENERGÍA, SL a 18 de febrero de 2013 pasaron a serlo de AUDAX ENERGÍA, SL entre 18 de febrero y 18 de marzo de 2013”*.
- Por si lo anterior fuese poco, adjuntó un CD con los números de CUPS a los que se refería.
- Adicionalmente, se solicitó de forma separada la documentación sobre cuatro CUPS que se identificaron nominalmente en el oficio (sobre los cuales consta la presentación de denuncias por falta de prestación de consentimiento del cliente).

Audax también señala que *“como ha reconocido la propia Comisión Nacional de Energía (Informe de 18 de julio de 2013), existen lagunas regulatorias respecto a los requisitos en detalle para la acreditación del consentimiento”*. Y añade: *“No existiendo, en propias palabras de la Comisión, un marco regulatorio detallado respecto a cómo se ha de documentar el consentimiento y el procedimiento de cambio de comercializador (siendo válido tanto el consentimiento recogido en un contrato como el prestado telefónica o telemáticamente), se efectúa a esta parte un requerimiento indiscriminado y generalizado para que aporte más de ocho mil contratos de clientes”*.

Tal alegación, lejos de justificar la falta de remisión de información, muestra la intención de Audax de no colaborar con la Administración. Si su verdadera intención fuese acreditar la conformidad prestada por los clientes de Orus, Audax podía haber puesto a disposición de la antigua CNE la documentación electrónica que acreditase el consentimiento prestado a distancia, sobre lo cual se le pregunta desde mayo de 2013. En lugar de ello, la empresa opone la existencia de supuestas lagunas legales.

### **c) Falta de justificación de la función y el uso de la información solicitada**

Audax afirma que el oficio del Director de Energía no concreta la función para cuyo desarrollo precisa la información solicitada ni concreta el uso que se vaya a dar a la misma (*“En el acto administrativo que se impugna no se especifica el uso que pretende darse a esa información y a la documentación que se exige”*). Además, añade Audax, *“los contratos contienen información comercial sensible*

*y protegida por el secreto comercial e industrial... información que podría llegar a manos de la competencia*". Tampoco esta alegación puede admitirse.

Lo relativo a la supuesta información comercialmente sensible ya se ha contestado: bastaría con que Audax hubiese solicitado la declaración de confidencialidad para que sus derechos se viesen protegidos. En lugar de ello, ha mostrado una inequívoca y reiterada voluntad de no proporcionar información que disipe las dudas sobre el traspaso de los clientes de Orus.

La alegación relativa a la falta de mención en el acto impugnado de la función ejercitada por el Director de Energía, o del uso de la información solicitada, no puede admitirse de ningún modo. El oficio es perfectamente claro en ambos extremos, pues señala:

- Con respecto a la función ejercitada: *“Con el objeto de verificar el consentimiento de los clientes en un proceso de cambio de suministrador conforme al artículo 7 punto 4 de la Ley 3/2013, la CNMC es competente para «velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador»”*.
- Y con respecto al uso de dicha información: *“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 por parte de los consumidores solicitando para ello la información que estime pertinente. La solicitud de los datos tiene por único objeto y finalidad el ejercicio de una función de control legalmente establecida, acerca de la existencia de una relación jurídica y de su adecuación a la normativa vigente”*.

## **Segundo. Sobre la suspensión solicitada**

Audax solicita la suspensión de la resolución objeto de recurso con base al artículo 111 de la Ley 30/1992. Alega que la misma le ocasionaría daños de imposible o difícil reparación y que la impugnación se fundamenta en vicios de nulidad previstos en el artículo 62 de la Ley 30/1992. Los daños irreparables consistirían en que la *“información comercialmente sensible y secreta ya habría salido del ámbito de donde nunca debería haberse movido, esto es, de AUDAX ENERGÍA, aunque finalmente se nos diera la razón”*.

El artículo 111, citado, señala que el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio al recurrente *“podrá suspender... la ejecución del acto impugnado”*. Así pues, la suspensión podrá otorgarse o no, y la misma se refiere a la ejecución del acto durante la tramitación del recurso. Esto último determina que, al desestimarse el presente recurso, resolviéndose al mismo tiempo sobre la suspensión en el plazo de los

treinta días que señala el artículo 111.3 de la Ley 30/1992, esta última petición devenga ineficaz.

Además, Audax no acredita suficientemente los daños de imposible o difícil reparación en los términos de la jurisprudencia. En particular, como se ha señalado a lo largo de esta Resolución, no puede aceptarse la alegación del supuesto perjuicio irreparable que causaría a Audax la entrega al Director de Energía de información que, supuestamente, sea “comercialmente sensible” o “secreta”. A fin de evitar tal perjuicio bastaría con solicitar la declaración de confidencialidad al tiempo que se hace entrega de la misma. Lejos de ello, Audax, ya se dijo, se escuda en posturas formalistas, forzando los razonamientos jurídicos, para eludir el cumplimiento de sus obligaciones. De otro lado, la mera mención de la supuesta nulidad del acto impugnado no basta para justificar la suspensión del mismo.

Vistos los citados antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en su sesión de 21 de enero de 2014,

### **ACUERDA**

**Primero.-** DESESTIMAR el recurso presentado por Audax Energía, SL contra la decisión del Director de Energía de 26 de noviembre de 2013.

**Segundo.-** Denegar la medida cautelar de suspensión solicitada.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Energía y notifíquese al interesado.

La presente resolución agota la vía administrativa, no siendo susceptible de recurso de reposición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio. Puede ser recurrida, no obstante, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta, 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio.