



Roj: **SAN 718/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:718**

Id Cendoj: **28079230042018100075**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **24/01/2018**

Nº de Recurso: **264/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **IGNACIO DE LA CUEVA ALEU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000264 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01651/2016

Demandante: AUDAX ENERGÍA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

SENTENCIA N.º:

Ilma. Sra. Presidente:

D.ª. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D.ª. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil dieciocho.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **264/2016** tramitado ante esta Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que ha promovido la entidad **AUDAX ENERGÍA S.A.**, representada por la Procuradora D.ª. Laura Argentina Gómez Molina y asistida del Letrado D. Juan María Tió López contra la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de 28 de enero de 2016, por la que se inadmite el recurso de alzada deducido por la demandante frente al requerimiento realizado por el director de energía de la CNMC; siendo demandada la Administración del Estado (Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia), representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 28 de marzo de 2016 contra la resolución antes mencionada; acordándose su admisión mediante decreto de fecha 1 de abril de 2016 y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Recibido el expediente administrativo, se acordó poner de manifiesto el expediente a la parte actora para que formalizara la demanda lo que verificó mediante escrito presentado en fecha 27 de junio de 2016, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando a la Sala *que dicte Sentencia por la que estimando el recurso interpuesto declare nula la resolución recurrida por no ser conforme a derecho, devolviendo el expediente a al Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y acordando la retroacción de las actuaciones hasta el momento antes de dictar resolución inadmitiendo el recurso de alzada presentado en su día por esta parte y ordenando sea admitido a trámite el Recurso de Alzada, o, subsidiariamente, se declare nula y sin efecto alguno la resolución que es objeto del presente recurso por los motivos de fondo aducidos en el presente recurso, condenando a la Administración demandada a estar y pasar por este pronunciamiento y al pago de las costas procesales en ambos supuestos.*

TERCERO.- La Abogacía del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 29 de septiembre de 2014, en el cual, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que estimó oportunos, **SUPlico A LA SALA** *que, teniendo por presentado este escrito, lo admita, y previos los trámites procedimentales oportunos, formule el requerimiento interesado y acuerde el archivo en caso de no ser atendido; en todo caso, se interesa la desestimación íntegra del recurso contencioso administrativo, con expresa condena en costas terminó suplicando la desestimación de todas las pretensiones de la actora.*

CUARTO .- Acordado el recibimiento del pleito a prueba y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes los escritos de conclusiones, tras lo cual quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, y a tal fin se señaló para votación y fallo el día 17 de enero de 2018, fecha en que tuvo lugar.

QUINTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en este recurso la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de 28 de enero de 2016, por la que se inadmite el recurso de alzada deducido por la demandante frente al requerimiento realizado por el director de energía de la CNMC para que aportara determinada información en relación con la aplicación de cierta fórmula de determinación del precio indexada al mercado eléctrico en sus contratos de suministro.

SEGUNDO.- Lo s hechos relevantes que condujeron al dictado de la resolución impugnada son, sucintamente expuestos, los siguientes:

El 24 de abril de 2015 se recibió en el Registro de la CNMC escrito de la empresa Mercado Costa Valencia, S.A. (expediente CNS/DE/201/15) por el que se plantea consulta acerca de la aplicación de la fórmula de facturación de su contrato de suministro de energía (suscrito con el comercializador Audax Energía, S.A.), la cual está indexada al precio marcado en el mercado eléctrico. Tras la exposición de los antecedentes procedentes, Mercado Costa Valencia, S.A. formulaba su consulta en los términos siguientes:

"(...) Creemos que la contestación que nos ofrecían estos comerciales es sin conocimiento de causa, siendo los analistas los que deben saber a ciencia cierta cómo se aplica esas fórmulas. Esto se ha solicitado por teléfono, escritos, pero en dicha compañía la transparencia en la aplicación de los precios brilla por su ausencia y no es una práctica habitual en el mercado, el hecho de que no ofrezcan explicación de cómo se obtiene los datos, siendo el motivo por el cual nos dirigimos a ustedes para que nos ayuden a aclarar si existe o no una irregularidad en la aplicación de la fórmula indexada del contrato. En caso de aclaración y contestación de lo aquí expuesto, rogamos que se pongan en contacto..."

A la vista de los hechos expuestos en la consulta recibida, y mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2015, el Director de Energía de la CNMC acordó la apertura de un período de información previa, y requirió al comercializador Audax Energía, S.A. para que aportara determinada información en relación con la aplicación, en sus contratos de suministro, de cierta fórmula de determinación del precio indexada al mercado eléctrico. En concreto, el requerimiento remitido fue el siguiente:

"El pasado 30 de abril de 2015 tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (CNMC) escrito por el que la empresa Costa Valencia S.A. interpone reclamación por el incumplimiento del contrato de suministro eléctrico que firmó con la compañía Audax Energía S.A. El sujeto alega que en dicho contrato se ofrecía una fórmula de precio indexado durante 2 años y que después de haber realizado un análisis



de lo facturado por Audax Energía, ha comprobado que Audax no ha aplicado el importe correcto según esta fórmula.

A este respecto, conforme a lo previsto en el artículo 7.11 y 7.15 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), así como al amparo del artículo 28 de la misma Ley 3/2013, y de acuerdo con las competencias del Director de Energía previstas en el artículo 23 del Estatuto Orgánico de la CNMC (aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), se acuerda la apertura de un período de información previa (previsto en el artículo 69.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), y se requiere la siguiente información que deberá ser remitida a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el plazo de 15 días hábiles.

- Indique la fórmula pactada según contrato y la explicación en detalle de cada uno de los conceptos incluidos en la misma tal y como se recoge en su contrato. Adjunte una copia del contrato firmado con Costa Valencia S.A.

- Indique la fórmula aplicada a la facturación del suministro eléctrico de Costa Valencia S.A.

- Adjunte una hoja de cálculo (archivo Excel) en la que se incluyan de manera desglosada cada uno de los datos que permitan reproducir los importes de facturación a la empresa (PMDh, COSh, PC3h, Pérdidas, PAeh, GOh, IMU, CF, CPf, CBc, etc de acuerdo con la terminología utilizada en el contrato). En concreto, incluya un desglose horario con cada uno de los conceptos incluidos en la fórmula aplicada, así como los cálculos conducentes al resultado de la facturación. Se deberá incluir una hoja de cálculo (pestaña) en el archivo Excel solicitado por cada una de las facturaciones emitidas a Costa Valencia S.A. Indique asimismo la fuente utilizada para cada uno de los conceptos incluidos en la fórmula.

- Indique si los criterios y método de cálculo aplicados en el cálculo de la facturación en el caso anterior coinciden con los aplicados con carácter general a todos los clientes de Audax Energía con producto indexado al mercado.

- Enumere todas las reclamaciones que ha recibido desde el 1 de enero de 2013 en relación con la facturación de clientes que hayan contratado esta misma modalidad de precio indexado, incluida la empresa Costa Valencia S.A, e indique

o Cliente (identificación y CUPS)

o Fecha de la reclamación del cliente

o fecha de apertura de la reclamación por parte de Audax Energía.

o estado de la reclamación (abierta o cerrada)

o actuación por parte de Audax Energía en relación con la reclamación

o fecha de comunicación al consumidor del resultado de la reclamación o resultado de la reclamación, en su caso."

Una vez notificado el requerimiento de información, la demandante interpuso recurso de alzada frente al requerimiento, alegando la incompetencia de la Dirección de Energía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para valorar si un contrato firmado entre una comercializadora eléctrica y una empresa ha sido correctamente cumplido de conformidad con las cláusulas pactadas por las partes libremente en el contrato suscrito entre ambas. A su juicio el requerimiento incide en causa de nulidad establecidas en los artículos 62.1.b), 62.2 y 63.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Más en concreto se aducía que:

- Mercado Costa Valencia no tiene la consideración de un consumidor a

los efectos de la normativa de consumo.

- Tratándose de un contrato a mercado libre, las discrepancias en materia de facturación deben ser resueltas por la jurisdicción civil.

- Las atribuciones competenciales invocadas por la CNMC en su requerimiento de información no amparan a ese organismo para el requerimiento practicado:

o El artículo 7.15 de la Ley 3/2013 ("Supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como el minorista, incluidas entre otras, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y de gas natural, y las subastas reguladas de contratación a plazo de energía eléctrica") no resulta de aplicación, pues la materia objeto de consulta no incide en la apertura del mercado.

o La competencia de la CNMC para recabar información, prevista en el artículo 28 de la mencionada Ley 3/2013, sólo es aplicable en los supuestos en que la CNMC ejercita potestades de protección de la libre competencia.



o Tampoco es aplicable el artículo 7.11 de la Ley 3/2013 ("Supervisar la adecuación de los precios y condiciones de suministro a los consumidores finales a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y sus normativas de desarrollo y publicar recomendaciones, al menos anualmente, para la adecuación de los precios de los suministros a las obligaciones de servicio público y a la protección de los consumidores") ya que los precios pactados por Audax Energía con Mercado Costa Valencia no infringen la normativa sectorial.

Al amparo del motivo de impugnación invocado, Audax Energía solicitaba a la CNMC lo siguiente:

"...que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, teniendo por interpuesto en tiempo y forma RECURSO DE ALZADA contra el Acto/Decisión/Resolución del Director de Energía de 11 de Noviembre de 2015 y, en méritos de lo que se expone y razona, se acuerde dejar sin efecto el mismo por lo que respecta a los puntos 1 a 4 de dicha resolución en cuanto requieren documentación e información en relación a un contrato de suministro eléctrico formalizado en el mercado libre entre la empresa Mercado Costa Valencia S.A. y Audax Energía S.A., información que se había solicitado a raíz de reclamación del cliente por presunto incumplimiento contractual, requerimiento que debe ser dejado sin efecto por no ser competencia la materia debatida de esta Comisión al corresponder a la Jurisdicción Civil la valoración del cumplimiento o incumplimiento (y la determinación de las consecuencias que de ello se deriven) de un contrato privado firmado entre empresas en el mercado libre."

La resolución impugnada acordó la inadmisión del recurso de alzada al considerar que el requerimiento formulado es un acto de trámite contra el que no cabe interponer recurso administrativo, toda vez que no se trata de uno de los actos de trámite cualificados a los que se refiere el art. 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC. A mayor abundamiento la resolución impugnada razona que la CNMC efectuó el requerimiento en el ejercicio de sus competencias de supervisión y control del mercado eléctrico, atribuidas por el art. 7, apartados 11 y 15 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC, así como en uso de la facultad de realizar requerimientos de información a tal fin prevista en el art. 28 de la indicada ley.

TERCERO.- An tes de abordar los motivos de impugnación esgrimidos en la demanda hemos de descartar la objeción de admisibilidad propuesta por el Abogado del Estado, quien sostiene que la certificación de haberse adoptado por el Consejo de Administración la decisión de impugnar la resolución recurrida ha sido emitida por quien afirma ser la Secretaria del Consejo, pero que tal condición no consta.

A juicio de la Sala, sin embargo, el recurrente ha cumplido con las exigencias legales de acreditar que el órgano competente adoptó la decisión de formular la impugnación que hemos de resolver. Así permite afirmarlo el hecho de que la certificación aparece firmada por la Secretaria del Consejo con el visto bueno del Administrador único, cuya condición aparece recogida en el poder de representación otorgado. No es la primera vez que la Sala desestima alegaciones con el mismo y acusado sesgo formal que nos han llevado a afirmar que "para que comprenda quien formula la objeción los términos de su alcance, sería equivalente a exigir a quien contestó la demanda su nombramiento como abogado del Estado y su toma de posesión en el destino." (SAN de 18 de enero de 2017, rec. 253/2015, que cita la SAN de 30 de junio de 2016, rec. 723/15, FJ 4º).

CUARTO.- En la demanda se sostiene que el requerimiento formulado es un acto cualificado de los previstos en el art. 107.1 LRJPAC, de modo que es susceptible de recurso de alzada. Considera que el requerimiento decide indirectamente sobre el fondo del asunto al implicar la iniciación de un expediente en el cual se decidirá sobre si la demandante ha facturado correctamente o no el suministro concertado en un contrato privado, cuestión para la cual la CNMC carece de atribuciones por tratarse de una controversia sobre un contrato concertado en el mercado libre.

En segundo lugar aduce que el requerimiento produce indefensión a la demandante porque es contrario a Derecho en razón de la incompetencia de la CNMC y podría causar indefensión en la medida en que el acto que finalice el procedimiento podría declarar un incumplimiento contractual que sustentase luego una demanda civil de incumplimiento. Además, la inadmisión acordada va en contra de los propios actos de la CNMC, que admitió a trámite un recurso de alzada interpuesto por la misma empresa frente a otro requerimiento semejante de petición de información.

La demanda ataca también, de forma subsidiaria, la desestimación del recurso de alzada que en la resolución se contiene a mayor abundamiento. Se razona a tal efecto que las funciones de la CNMC no abarcan las discrepancias contractuales entre la empresa suministradora y la empresa compradora de energía en el mercado libre, pues esta no tiene la condición de consumidora. De manera que carece de sentido la incoación de un expediente que concluirá con una resolución sobre si el sistema de facturación empleado se ajusta o no a las condiciones contractuales, lo cual excede de las facultades de resolución de conflictos que el art. 12 de la Ley 2/2013, del Sistema Eléctrico, atribuye a la CNMC. Así lo ha resuelto la CNMC en varias de las resoluciones que la demandante cita.



El Abogado del Estado interesa la desestimación de la demanda por razones que coinciden en lo sustancial con las empleadas en la resolución recurrida. Añade que la cita de precedentes administrativos carece de la virtualidad que pretende la parte, pues la igualdad se predica en la legalidad, de modo que lo que únicamente importa es si la inadmisión del recurso de alzada se ajustó o no a la legalidad.

QUINTO.- Conviene partir de que lo que exclusivamente se enjuicia es si la decisión de inadmitir el recurso de alzada interpuesto contra el requerimiento de información se ajustó o no a la legalidad en cuanto que únicamente son impugnables en alzada los actos de trámite cuando, conforme dispone el art. 107.1 LRJPAC, *"deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos"*. Y ello porque, según reza el mismo precepto *"la oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento"*.

Tal como recuerda la STS de 26 de marzo de 2011 la jurisprudencia ha reinterpretado la norma que, conforme al art. 37.1 LJCA 1956, o ahora el art. 25. 1 LJCA 1998, vedaba el examen jurisdiccional de los actos de mero trámite. Mediante la reinterpretación de la norma conforme al art. 24.1. CE, ahora cabe el control de actos trámite cuando del acto de iniciación se derivan consecuencias no meramente procedimentales sino que conllevan modificaciones en el régimen jurídico de situaciones anteriores alterando sustancialmente el contenido de facultades y obligaciones sobre el bien afectado. Así sucede en el caso analizado en esta STS, en la cual reputa acto trámite cualificado al inicio de expediente para la declaración de un bien de interés cultural (STS de 3 de noviembre de 1999, recurso de apelación 3685/1992 y de 21 de febrero de 1989 citadas por la parte recurrente y en fecha más reciente la de 9 de febrero de 2010, recurso 4255/2006, de esta Sala y Sección) en razón a que ello conlleva la aplicación provisional del régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural conforme al art. 11.1. de la Ley 16/1985, de 25 de junio .

Especial atención ha merecido en la jurisprudencia el acto de trámite cualificado porque pudiera causar un perjuicio irreparable, supuesto en el cual el art. 107.1 LRJPAC admite su impugnación a través del recurso de alzada. Es en tales casos en los que la jurisprudencia ha considerado que son susceptibles de impugnación precisamente por revestir un carácter autónomo respecto del procedimiento en el que se insertan o que inician. Así, en la STS de 13 de febrero de 2008 (rec. 11414/2004) se consideró como acto de trámite cualificado un requerimiento de información propiciado por la queja de una empresa competidora en razón de que la información que se solicitaba revestía carácter sensible comercialmente. Y lo mismo cabe decir de la STS de 2 de noviembre de 2015 (rec. cas. 2354/2013), supuesto en el cual el requerimiento de información practicado era ejecución de una obligación contraída previamente en el seno de un expediente de concentración.

SEXTO.- Pues bien, en el presente caso nos encontramos frente a un requerimiento de información que es la respuesta de la CNMC a la denuncia formulada por un consumidor en relación con el suministro de energía convenido con la demandante. De manera que no estamos en presencia de un acto que se inserte en el seno de un procedimiento ya iniciado cuyas consecuencias únicamente serían relevantes cuando se dictase la resolución que pusiese fin al procedimiento en curso. Por el contrario, el requerimiento de información formulado por la CNMC da inicio a un procedimiento, aun en su fase incipiente de información previa ex art. 69.2 LRJPAC, que tiene sustantividad propia.

En efecto, el requerimiento formulado significa, ya desde un inicio, la sujeción del demandante a las potestades de la CNMC en relación con las funciones propias de esta relativas a la supervisión y control del correcto funcionamiento del sector eléctrico - art. 7 Ley 3/2013 -, condiciones entre las que se encuentra el derecho a recibir información transparente sobre los precios y condiciones generales aplicables al suministro de energía eléctrica - art. 44 Ley 24/2013 LSE-, aspecto al que se refiere la queja formulada por el consumidor.

Ciertamente las cuestiones a las que razonablemente puede referirse el control del requerimiento a través del recurso de alzada son limitados en la medida en que todavía se desconoce el curso que habrá de seguir el procedimiento que en su caso se desenvuelva. Pero no lo es menos que ya en este momento inicial el administrado tiene derecho a someter a fiscalización aspectos tales como la competencia del órgano que formula el requerimiento o la dimensión extensiva e intensiva de la información que se le exige facilitar en este momento inicial, y ello con independencia del resultado que el eventual procedimiento pudiera tener.

Como hemos visto con anterioridad, la jurisprudencia citada ha ido restringiendo progresivamente el concepto de acto de trámite inimpugnable cuando de requerimientos iniciales se trata, línea jurisprudencial a la que no es ajeno el principio de plena justiciabilidad de la Administración que se incorpora al art. 106 CE en relación con el art. 103 CE que ordena el sometimiento pleno a la ley y al Derecho por parte de la Administración. Y aunque en el presente caso se dilucida la inadmisión de un recurso de alzada, no puede desconocerse que estamos en la antesala del acceso a la jurisdicción tras el agotamiento de la vía administrativa.



SÉPTIMO.- En lo referente a la pretendida vulneración del derecho a la igualdad en la que habría incidido la CNC al haber admitido un recurso de alzada en un supuesto semejante ha de recordarse que es doctrina reiterada y constante del Tribunal Constitucional (por todas STC 167/1995, de 20 de noviembre, FJ 3) "que el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial carece de toda idoneidad para articular un eventual juicio de igualdad en la aplicación de la Ley", y es el derecho a la igualdad se predica en la legalidad.

En definitiva, lo que determina la estimación del recurso es el contraste del acto impugnado con la legalidad vigente, no con el precedente que se cita.

OCTAVO.- Llegados a este punto hemos de detener aquí nuestro razonamiento en la medida en que con lo hasta ahora dicho ha de accederse a la pretensión principal de la demanda, esto es, la anulación de la resolución de inadmisión y la retroacción de actuaciones al momento en el que debió ser admitido el recurso de alzada para su tramitación y resolución, sin entrar a conocer de la pretensión subsidiariamente deducida.

NOVENO.- En materia de costas, a tenor de lo dispuesto en el art. 139.1 LJCA, procede su imposición a la Administración.

Vistos los preceptos ya citados, así como los de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo núm. 264/2016, interpuesto por la Procuradora doña Laura Argentina Gómez Molina, en nombre de **AUDAX ENERGÍA**, contra resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), de 28 de enero de 2016, por la que se inadmite el recurso de alzada deducido por la demandante frente al requerimiento realizado por el director de energía de la CNMC.

ANULAMOS dicha resolución por contraria al Ordenamiento jurídico, retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para su correcta tramitación.

CONDENAMOS a la Administración demandada al pago de las costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, 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 constituido en Audiencia Pública, de lo que yo, el Secretario, doy fe.