



Roj: **STS 2443/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2443**

Id Cendoj: **28079130032021100111**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **07/06/2021**

Nº de Recurso: **5206/2020**

Nº de Resolución: **808/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 401/2020,**
ATS 11575/2020,
STS 2443/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 808/2021

Fecha de sentencia: 07/06/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5206/2020**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 01/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: **5206/2020**

Ponente: Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 808/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. **Diego Córdoba Castroverde**

En Madrid, a 7 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **5206/2020**, interpuesto por la mercantil EDP Clientes, S.A., representada por la procuradora de los tribunales doña María Teresa Uceda Blasco, y bajo la dirección letrada de doña Ángela Caunedo García, contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 29 de enero de 2020, en el procedimiento ordinario 74/2017.

Ha sido parte recurrida, la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Diego Córdoba Castroverde**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Uceda Blasco interpone recurso en nombre y representación de EDP ENERGIA SAU (en adelante EDP) contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de enero de 2020 (rec. 74/2017) por la que se desestimó el recurso interpuesto por EDP contra la resolución de 10 de enero de 2017 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencias.

La resolución administrativa impuso a la recurrente la sanción de 900.000 € como responsable de una infracción tipificada en el art. 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del Sector Eléctrico, así como la modificación de determinadas cláusulas contractuales de los contratos de suministro en baja tensión.

SEGUNDO. Mediante Auto de 4 de diciembre de 2020 se admitió el recurso de casación, declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en aclarar si la tipificación de la infracción contenida en el artículo 65.25 LSE en relación con el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, cumple con la exigencia de certeza que impone el artículo 25 CE en la medida en que el precepto reglamentario constituye el desarrollo del derecho reconocido en el artículo 44.1.k) LSE; o si, por el contrario, a la luz de la doctrina constitucional sobre el principio de tipicidad, existen fundadas dudas sobre la constitucionalidad del artículo 65.25 LSE que obliguen a plantear una cuestión de inconstitucionalidad.

TERCERO. La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación.

La CNMC sancionó a EDP por "el establecimiento de condiciones contractuales en el suministro contrarias a las previstas en la normativa aplicable". Las condiciones contractuales afectaban al establecimiento para determinados clientes (personas jurídicas que actúan en el ámbito de una actividad comercial y empresarial y que tiene una potencia contratada superior a 15Kw -peaje de acceso 3.0A- y un consumo superior a 200.000 Kwh/año) de penalizaciones por la rescisión anticipada del contrato de suministro y el establecimiento de un plazo de preaviso de 2 meses para no prorrogar el contrato de suministro eléctrico.

La CNMC entendió que dichas cláusulas disuadían a aquellos consumidores de cambiar de comercializador y lo consideró una vulneración del derecho a "realizar el cambio de suministrador sin coste alguno y en los plazos legal y reglamentariamente establecidos", derecho recogido en el art. 44.1.k) de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del Sector Eléctrico cuyo desarrollo reglamentario se produjo en cuanto a plazo de preaviso y penalización por el art. 4.5 del RD 1435/2002. La resolución sancionadora consideró que su conducta estaba inmersa en el tipo previsto en el art. 65.25 de la Ley 24/2013 que tipificaba como infracción grave "El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones [...], de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables".

La recurrente plantea, en síntesis, las siguientes alegaciones:

1º La sentencia de instancia infringe el art. 4.5 del RD 1435/2002, de 27 de diciembre por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión.

El artículo 4.5 del RD 1435/2002 establece los criterios que permiten a los consumidores rescindir anticipadamente las prórrogas anuales de los contratos de suministro de energía eléctrica.



Este apartado 5 no constaba en la redacción original del art. 4 del RD 1435/2002, fue introducido por el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, que entró en vigor el 24 de diciembre de 2005.

Sin embargo, la sentencia de instancia, tras considerar que la medida recogida en el artículo 4.5 RD 1435/2002 es aplicable a todos los consumidores en baja tensión, con independencia de que se trate de consumidores domésticos o grandes empresas (FJ 4º; pág. 6), -aspecto con el que esta parte discrepa-, considera que dicho artículo 4.5 del RD 1435/2002 constituye "normativa de desarrollo" del artículo 44.1.k) de la Ley 24/2013; cuando esta Ley entró en vigor el 29 de diciembre de 2013 (esto es, ocho años después que el artículo que se supone que la desarrolla).

A su juicio es que un Real Decreto publicado ocho años antes no puede desarrollar reglamentariamente una Ley publicada ocho años después, considera que la Sala de instancia yerra gravemente al entender que el artículo 4.5 del RD 1435/2002 es normativa de desarrollo del artículo 44.1 k) de la Ley 24/2013.

Pero es que además la Sentencia de instancia comete otro error "de fondo" al equiparar el derecho a cambiar de comercializador con la posibilidad de rescindir anticipadamente el contrato, dado que incluir previsiones que tratan de hacer que una empresa respete las condiciones contractuales acordadas (entre las que está, lógicamente, la duración pactada) no equivale a vulnerar el derecho reconocido en el artículo 44.1.k) de la Ley 24/2013, pues dicha empresa puede perfectamente realizar el cambio de comercializador sin coste alguno, dentro del máximo de 21 días establecidos en la normativa.

En efecto, el artículo 44.1.k) de la Ley 24/2013 establece el derecho de los consumidores a "realizar el cambio de suministrador sin coste alguno y en los plazos legal y reglamentariamente establecidos". Este derecho se concreta en el artículo 43.3 de la Ley 24/2013, según el cual "reglamentariamente se establecerán [...] los procedimientos de cambio de suministrador, que se realizará en un plazo máximo de 21 días".

El derecho a cambiar de suministrador no existía en la anterior Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, vigente en el momento de publicarse tanto el RD 1435/2002 como el RD 1454/2005 (así como en la fecha de la firma del contrato de suministro que está en el origen de la reclamación que desembocó en la sanción que confirma la Sentencia de instancia); sino que el mismo fue introducido en la Ley 24/2013 a fin de incorporar la Directiva 2009/72/CE (y así consta en su Exposición de Motivos). Por lo tanto, para interpretar aquel derecho debe estarse a lo dispuesto en la citada Directiva.

Pues bien, el artículo 3.5.a) de la Directiva 2009/72/CE establece que "Los Estados miembros garantizarán que [...] en caso de que un cliente, en el respeto de las condiciones contractuales, desee cambiar de proveedor, el cambio se efectúe en un plazo de tres semanas por parte del gestor o gestores de que se trate".

Y en su Anexo I establece una serie de medidas para consumidores domésticos: "las medidas a que hace referencia el artículo 3 consisten en velar por que los clientes: a) Tengan derecho a un contrato con el prestador del servicio de electricidad en el que se especifique: [...] la duración del contrato, las condiciones para la renovación y la terminación de los servicios y del contrato y, cuando esté permitido, la resolución del contrato sin costes.

e) No deban abonar cargo alguno por cambiar de proveedor".

De donde deduce que la Directiva 2009/72/CE diferencia claramente entre la resolución del contrato (apartado a) y el derecho al cambio de suministrador sin coste alguno (apartado e). Sin embargo, la sentencia impugnada integra las previsiones relativas a la posibilidad de resolución anticipada del contrato dentro del derecho al cambio de suministrador sin coste alguno. Y esta interpretación es lo que permite aplicar a la recurrente el tipo infractor previsto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, al considerar que el artículo 4.5 del RD 1435/2002 "normativa de desarrollo" del artículo 44.1.k) de la Ley 24/2013.

Para ello, la Sentencia impugnada ha tenido que considerar con carácter previo que el artículo 4.5 del RD 1435/2002 es una medida de protección al consumidor. Y también que dicha medida resulta de aplicación a las pequeñas y medianas empresas y no solo a los consumidores domésticos, únicos mercedores, a su juicio, de especial protección, realizando una interpretación expansiva del artículo 4.5 del RD 1435/2002.

2º La sentencia de instancia, recurrida en casación, infringe asimismo el artículo 25 de la Constitución Española.

La Sentencia de instancia aplica el tipo infractor previsto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, que tipifica el "incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad [...] de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente Ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables".



Sin embargo, ni en la Ley del Sector Eléctrico ni en su normativa de desarrollo existe ningún catálogo o listado de medidas de protección al consumidor, que explicita qué medidas pudieran dar origen a ese incumplimiento. Ni siquiera en el Capítulo III del Título VI del Real Decreto 1955/2000, que lleva por título "Medidas de protección al consumidor", se contiene un listado de tales medidas, y las únicas que en dicho Capítulo se contemplan sólo son aplicables a los consumidores domésticos.

Tampoco la norma que se considera infringida por la Sentencia de instancia -el artículo 4.5 del RD 1435/2002-, dice expresamente que contenga o constituya una medida de protección al consumidor. Es más, del tenor literal de dicha norma no se desprende prohibición u obligación alguna cuya vulneración pueda considerarse una infracción, dado que al comenzar con la expresión "Con carácter general" inevitablemente lleva a pensar que puede haber casos particulares en los que esté justificado un tratamiento diferente.

Por todo ello, es obvio que el artículo 65.25 de la Ley 24/2013 no define con el suficiente grado de certeza la conducta sancionable, lo que vulnera los principios de legalidad y tipicidad, en su vertiente de *lex certa*.

Dicha falta de certeza es admitida por la propia Sentencia impugnada, que, en su Fundamento Jurídico Sexto, tras reproducir la doctrina constitucional sobre la doble vertiente (material y formal) del derecho a la legalidad sancionadora reconocido en el artículo 25.1 CE, establece que:

La Sala entiende que la tipificación de la conducta infractora a través de la "normativa de desarrollo", en cuanto remite al reglamento la descripción de las conductas que pueden ser objeto de sanción, pudiera ser contraria al principio de legalidad recogido en el art 25.1 CE, toda vez que no permite conocer con el suficiente grado de certeza constitucionalmente exigible qué concretas vulneraciones del Ordenamiento constituyen infracción administrativa. La complejidad del sector, aun teniendo en cuenta lo cualificado de los sujetos destinatarios de la norma (un comercializador), resulta incompatible con una delimitación de las infracciones completamente remitida a la normativa de desarrollo sin otra acotación material que la de referirse a medidas de protección del consumidor.

Sin embargo, a pesar de ello, a continuación afirma que "Siguiendo esta línea de razonamiento, la Sala debería plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación al inciso "y su normativa de desarrollo", pues el precepto legal que tipifica la infracción podría vulnerar el art 25.1 CE", de pronto la Sala se aparta de esa línea argumental, afirmando que el artículo 4.5 del RD 1435/2002 no hace sino precisar los detalles del ejercicio del derecho del consumidor a realizar el cambio de suministrador sin coste alguno y en los plazos legal y reglamentariamente establecidos, recogido en el artículo 44.1.k) de la Ley 24/2013; afirmación errónea -como ya hemos expuesto anteriormente y volveremos explicar a continuación-, con la que no queda suficientemente esclarecida la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad.

Varias son las razones esgrimidas en el recurso para sustentar esta vulneración:

- En primer lugar, porque, como hemos señalado, la Ley del Sector Eléctrico vigente cuando se dictó el artículo 4.5 del RD 1434/2002 (la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico), no recogía el derecho supuestamente vulnerado (derecho a cambiar de suministrador sin coste alguno); el cual no fue incorporado a nuestro Ordenamiento Jurídico hasta la Ley 24/2013, que entró en vigor el 29 de diciembre de 2013. Por lo que, a su juicio, el art. 4.5 del RD 1435/2002 no puede precisar detalles de un derecho que no existía en la fecha que fue dictado.

Es más, la propia redacción del art. 43.3 de la Ley 24/2013 ("Reglamentariamente se establecerán, por las Administraciones Públicas competentes, medidas de protección al consumidor que deberán recogerse en las condiciones contractuales para los contratos de suministro de los comercializadores con aquellos consumidores que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico"), indica que únicamente pueden entenderse como normativa de desarrollo de la Ley 24/2013 las medidas de protección al consumidor establecidas con posterioridad a la entrada en vigor de la misma. Y además la referencia a los "consumidores que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico" pone de manifiesto que las medidas de protección al consumidor solo debían contenerse en los contratos de suministro de determinados consumidores merecedores de especial protección- a juicio de la parte recurrente solo los consumidores domésticos y no al resto de los consumidores conectados a las redes en baja tensión que tienen elevados consumos muy altos poderes adquisitivo y de negociación).

- En segundo lugar, porque la posibilidad de resolver anticipadamente un contrato de suministro no es equiparable ni subsumible en el derecho al cambio de suministrador sin coste algo.

- en tercer lugar, porque al no existir ni en la Ley 24/2013 ni en su normativa de desarrollo ningún "catálogo o listado de medidas de protección al consumidor" que explicita qué medidas pudieran dar origen a ese incumplimiento, quedaría al arbitrio de la Administración considerar cualquier precepto de la normativa



sectorial eléctrica como un mecanismo de protección al consumidor; lo cual resultaría incompatible con los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora, según la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional.

Para respetar los principios de legalidad y tipicidad, en su vertiente de *lex certa*, no sólo es exigible que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado y la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, sino que es necesaria también una tipificación lo más precisa y taxativa posible en la descripción que incorpora para que, de este modo, "los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones", no resultando admisible un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas, pues siguiendo la cita contenida en la STC 24/2004, de 24 de febrero; F.J.2º "[...] lo que exige una concreción y precisión de los elementos básicos de la correspondiente figura delictiva; resultando desconocida esta exigencia cuando se establece un supuesto de hecho tan extensamente delimitado que no permite deducir siquiera qué clase de conductas pueden llegar a ser sancionadas (STC 306/1994). Todo ello orientado a garantizar la seguridad jurídica, de modo que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3)".

En definitiva, el artículo 65.25 de la Ley 24/2013 no establece una tipificación válida a estos efectos, dado que el artículo 4.5 del RD 1435/2002 no puede entenderse dictado en desarrollo del artículo 44.1.k) de la Ley 24/2013, a los efectos de aplicar el artículo 65.25 de dicha Ley.

La limitación a la aplicación de penalizaciones por rescisión anticipada del contrato de suministro para pequeñas y medianas empresas no es una medida de protección al consumidor establecida en la Ley 24/2013 ni mucho menos en desarrollo de la misma y, desde luego, no puede considerarse una precisión del derecho del consumidor a realizar el cambio de suministrador sin coste alguno y en los plazos legal y reglamentariamente establecidos.

A juicio de la parte recurrente, la Sala de instancia debería haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad en relación con si resulta respetuoso con el principio de legalidad, recogido en el artículo 25.1 CE, el inciso "y su normativa de desarrollo" recogido en el art. 65.25 de la Ley 24/2015 y más concretamente si se respeta dicho principio cuando se pretende incluir como normativa de desarrollo del artículo 44.1.k) de la Ley 24/2013 un precepto recogido en un Real Decreto de 2005, a los efectos de poder aplicar el tipo sancionador.

Por todo ello, solicita de este Tribunal la estimación del recurso de casación y se anule la Sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida.

Y que como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal de instancia, y entre al examen del fondo del asunto, procediendo a la resolución del litigio en los términos en que quedó planteado el debate procesal en la instancia; y, en consecuencia, estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta parte contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 10 de enero de 2017, dictada en el expediente SNC/DE/052/15, por la que se declara a EDP ENERGÍA, S.A.U., responsable de la comisión de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, anulando dicha sanción y subsidiariamente, para el caso que considere que procede sancionar a EDP anule parcialmente la citada resolución reduciendo el importe de la multa impuesta en los términos expuestos en el fundamento jurídico VI de la demanda.

CUARTO. El Abogado del Estado se opuso al recurso de casación.

El representante del Estado sostiene que las medidas de protección al consumidor se relacionan en la LSE en su artículo 44.1, apartados d) a o), que enumera sus derechos que suponen una limitación contractual para las comercializadoras, y por tanto son medidas de protección al consumidor. Y así están configuradas expresamente en el Anexo I de la Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

Particularmente en su apartado k): "Realizar el cambio de suministrador sin coste alguno y en los plazos legal y reglamentariamente establecidos".

Y también las consideradas en el artículo 46.1, apartados g), j) y m) a t), como obligaciones de los comercializadores frente a los consumidores. Particularmente los apartados g) y j): "Formalizar los contratos de suministro con los consumidores de acuerdo a la normativa en vigor que resulte de aplicación [...]"



"Tomar las medidas adecuadas de protección del consumidor de acuerdo con lo establecido reglamentariamente".

En cuanto a la normativa de desarrollo de la Ley del Sector Eléctrico, en su disposición transitoria 1.1 establece: "En tanto no se dicten las normas de desarrollo de la presente ley que sean necesarias para la aplicación de alguno de sus preceptos, continuarán aplicándose las correspondientes disposiciones en vigor en materia de energía eléctrica". Normativa que en este caso está constituida por el Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión. Que en su artículo 4.5 (añadido por el RD 1454/2005) dispone:

"Con carácter general, los contratos de suministro de energía en baja tensión celebrados entre los comercializadores y consumidores tendrán una duración máxima de un año, pudiéndose prorrogar tácitamente por períodos de la misma duración. Las prórrogas de estos contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de quince días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato.

En el caso en que, a causa del consumidor, se rescindiera un contrato antes de iniciada la primera prórroga, las penalizaciones máximas por rescisión de contrato, cuando ésta cause daños al suministrador, no podrán exceder el 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro. A este efecto, se empleará el método de estimación de medidas vigente para el cambio de suministrador".

Y además para la adecuada delimitación de la infracción es preciso atender a la configuración como infracciones leves del art. 66 de la LSE, en el que se dispone:

"1. El incumplimiento por parte de los sujetos obligados a ello de sus obligaciones en relación con la formalización de los contratos de suministro cuando no tenga consideración de infracción grave o muy grave.

3. El incumplimiento injustificado de los plazos establecidos para las comunicaciones con los comercializadores y clientes y para llevar a cabo el cambio de suministrador, así como para realizar cualquier modificación de las condiciones de los contratos.

4. El incumplimiento por parte de los comercializadores de los requisitos de contratación y apoderamiento con los clientes [...]

5 [...]

6. La aplicación irregular de precios, cargos, tarifas regulados en la presente ley o en las disposiciones de desarrollo de la misma, de manera que se produzca una alteración en el precio, cuando no tenga consideración de infracción grave o muy grave".

Los hechos que fueron tipificados como infracción los relata la sentencia recurrida en su Fundamento jurídico segundo: "La resolución deja constancia de que a fecha 23 de abril de 2015, EDP Energía disponía de 2.946 contratos de suministro de electricidad con consumidores de baja tensión con tarifa de acceso 3.0A denominados B2B (empresas y grandes cuentas) que tenían incluida la referida condición decimosexta ("Resolución anticipada del contrato"), con el contenido anteriormente transcrito [...]

La condición general decimosexta, denominada "Resolución anticipada del contrato", era del siguiente tenor literal: "La resolución unilateral e injustificada de este contrato, devengará a favor de la otra parte el derecho al cobro de una indemnización en concepto de daños y perjuicios equivalente al resultado de multiplicar 1.0 c€/kWh por la diferencia entre consumo global en kWh previsto para todo el periodo de duración inicial del contrato, o, en su caso, de sus sucesivas prórrogas (que se indica en el apartado Consumo Previsto), y el consumo real en kWh que se hubiera registrado hasta la fecha de la resolución, renunciando la parte afectada a reclamar cualquier otra cantidad en concepto de daños y perjuicios. Dicha resolución deberá ser notificada a la parte afectada con al menos un mes de antelación, a la fecha efectiva de resolución."

En la resolución sancionadora se considera que la inclusión de tales cláusulas constituye una infracción del art. 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que tipifica como infracción grave:

"El incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de las obligaciones de ... la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables."

En concreto, la medida de protección al consumidor que la resolución sancionadora considera incumplida se recoge en Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, cuyo artículo 4.5 establece:



"5. Con carácter general, los contratos de suministro de energía en baja tensión celebrados entre los comercializadores y consumidores tendrán una duración máxima de un año, pudiéndose prorrogar tácitamente por períodos de la misma duración. Las prórrogas de estos contratos podrán ser rescindidas por el consumidor con un preaviso de quince días de antelación, sin que proceda cargo alguno en concepto de penalización por rescisión de contrato.

En el caso en que, a causa del consumidor, se rescindiera un contrato antes de iniciada la primera prórroga, las penalizaciones máximas por rescisión de contrato, cuando ésta cause daños al suministrador, no podrán exceder el 5% del precio del contrato por la energía estimada pendiente de suministro. A este efecto, se empleará el método de estimación de medidas vigente para el cambio de suministrador."

En definitiva, las cláusulas indicadas infringen la condición básica de establecer una indemnización por resolución antes de la primera prórroga que no respeta el límite del 5% establecido en la norma transcrita; establecen penalización para la rescisión durante los periodos de prórroga contraviniendo la prohibición establecida en el precepto reglamentario, y, finalmente, se establece un plazo de preaviso que no respeta el de quince días previsto en la norma acabada de reproducir.

Por otra parte, por lo que respecta a la colaboración reglamentaria extracta varias sentencias del Tribunal Constitucional STC 13/2021, de 28 de enero y en el enjuiciamiento de normas sancionadoras en la STC 13/2013. Así mismo, en la STC 132/2001 se ha ocupado de las normas sancionadoras cuando el responsable se encuentra en una relación de supremacía o sujeción especial en el que el contenido de la conducta reprochable debe ser conocida por el infractor. También invoca la STC 219/1989 y el ATC 70/2006.

En este caso los comercializadores están en una situación de supremacía especial, ya que el ejercicio de su actividad empresarial se regula de una manera específica, entre otros aspectos, en materia de protección a los consumidores.

El sistema de protección a los consumidores de electricidad incluye en la LSE el derecho al cambio de suministrador -es decir de rescisión del contrato de suministro con el proveedor de electricidad- sin cargo alguno. Que es objeto de desarrollo reglamentario (en cuanto la LSE asume como desarrollo la normativa existente a su entrada en vigor) por el artículo 4.5 del RD 1435/2002. Y precisamente por ser anterior el RD 1435/2002 a la LSE, esta conoció su contenido y lo asume.

De donde podemos concluir que el artículo 65.25 LSE se ajusta plenamente al principio de legalidad y el artículo 25.1 de la Constitución, como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional. Por lo que no procede el planteamiento de cuestión de constitucionalidad.

Y por lo que respecta a las infracciones alegadas las sintetiza en las siguientes:

En primer término se alega una infracción del artículo 4.5 del RD 1435/2002, porque (i) su redacción se hizo por el RD 1454/2005 y por consiguiente es imposible que desarrolle la LSE 24/2013; (ii) el derecho al cambio de suministrador de que trata la LSE de 2013 -en sus artículos 43.3 y 44.1.k)- no existían con la anterior Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, luego no era de aplicación el RD 1435/2002; (iii) porque no es una norma de protección al consumidor ni es aplicable a consumidores no domésticos. Siendo diferente rescisión del contrato de cambio de suministrador.

(i), como ya se ha puesto de manifiesto la LSE se remite y considera desarrollo reglamentario las disposiciones en vigor en materia de energía eléctrica, en tanto no se dicten las normas de desarrollo de la Ley.

(ii) En cuanto al cambio de suministrador, se equivoca la recurrente, porque ya estaba prevista en la primera redacción de la Ley 54/1997. Se preveía que los consumidores cualificados podían adquirir la electricidad libremente de los comercializadores (artículo 9.1.h) y 9.2) y 44.1: El suministro de energía eléctrica a los usuarios será realizado [...] por las empresas comercializadoras en el caso de consumidores acogidos a la condición de cualificados). Como indica la exposición del RD 1435/2002:

"El Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, adelanta el calendario de la liberalización previsto, al establecer en su artículo 19.uno que "A partir del 1 de enero de 2003, todos los consumidores de energía eléctrica tendrán la consideración de consumidores cualificados". Y continúa diciendo: El presente Real Decreto viene a completar la regulación existente relativa al suministro para hacerla extensiva a la totalidad de los consumidores de baja tensión, de tal forma que sea posible la plena elegibilidad el 1 de enero de 2003.

El reto con el que se enfrenta el mercado el próximo 1 de enero es el paso de los 62.000 clientes que en la actualidad pueden elegir suministrador a los más de 21 millones de clientes que existen en la totalidad del mercado, de los cuales el 97 por ciento son consumidores domésticos. Esto supone el incremento más importante en número de consumidores desde que se inició la liberalización del sector.



La implantación efectiva de la plena liberalización del suministro el 1 de enero de 2003 exige una revisión de los procedimientos de contratación existentes que faciliten la incorporación de los consumidores al mercado.

Por ello el alcance de la norma se limita a los consumidores que hasta el 1 de enero de 2003 no tenían la condición de consumidores cualificados, básicamente los consumidores en baja tensión."

Es decir, el artículo 4.5 (redactado por el RD 1454/2005) del RD 1435/2002, es posterior a la liberalización del mercado de suministro de electricidad, para todos los consumidores en baja tensión. Y la razón de ser de la norma es precisamente contemplar el supuesto de cambio de comercializador. Téngase en cuenta que en aquel tiempo el suministro podía contratarse con la empresa distribuidora (a tarifa) o una comercializadora libre.

Siendo pues idéntico el fundamento del artículo 4.5 RD 1435/2002 y los artículos 4.3 y 44.1.k) LSE.

(iii) Por último, las normas de cambio de suministrador son aplicables a todos los consumidores, sean o no domésticos, porque así lo señala la LSE en su artículo 6.1.g): "Los consumidores, que son las personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo". Y como ya se dijo antes son de protección al consumidor en cuanto imponen condiciones en el contrato de suministro en beneficio de una de las partes, el consumidor.

Pese al recurrente, el Anexo I de la Directiva 2009/72/CE se refiere a las medidas a que hace referencia el artículo 3 consisten en velar por que los clientes: e) No deban abonar cargo alguno por cambiar de proveedor. Siendo "clientes" (artículo 2.7): el cliente mayorista y final de electricidad. Que engloba a todos los clientes, siendo los "clientes domésticos" (apartado 10 del mismo artículo) una subespecie de los "clientes". Y en cuanto a las medidas a que se refiere el artículo 3 de la Directiva, su apartado 5:

"5. Los Estados miembros garantizarán que:

- a) en caso de que un cliente, en el respeto de las condiciones contractuales, desee cambiar de proveedor, el cambio se efectúe en un plazo de tres semanas por parte del gestor o gestores de que se trate, y
- b) que los consumidores tengan derecho a recibir todos los datos pertinentes sobre el consumo.

Los Estados miembros garantizarán que los derechos enunciados en las letras a) y b) se reconozcan a todos los consumidores sin discriminaciones por cuanto a costes, esfuerzo o tiempo se refiere".

En lo tocante a la distinción entre rescisión de contrato y cambio de suministrador, tal diferencia no existe (fuera del caso de cesación definitiva de suministro, lo que no es ahora del caso). Porque mal podrá cambiarse de suministrador sin concluir el contrato con el suministrador anterior, y más aún si la resolución o rescisión del contrato anterior lleva aparejadas penalizaciones.

Continúa alegando la inconstitucionalidad del artículo 65.25 LSE por infracción del artículo 25.1 de la Constitución.

Reitera en este apartado las alegaciones referentes al artículo 4.5 RD 1435/2002, ya examinadas, y además plantea (sin tener nada que ver con el artículo 25.1 de la Constitución) que las normas de protección al consumidor no abarcan a todos los consumidores sino que de acuerdo con el artículo 43.3 LSE "Reglamentariamente se establecerán, por las Administraciones Públicas competentes, medidas de protección al consumidor que deberán recogerse en las condiciones contractuales para los contratos de suministro de los comercializadores con aquellos consumidores que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico".

El artículo 4.5 RD 1435/2002 se aplica exclusivamente, como todo el RD, a los suministros en baja tensión, que es sin duda una condición de suministro. La prueba de que requieren un tratamiento contractual específico lo demuestra la existencia misma del procedimiento sancionador que da origen a este recurso, en el que se manifiesta la patente desigualdad de las partes contratantes del suministro de electricidad, en cuanto la infracción de las condiciones contractuales legales por la recurrente afecta a nada menos que 3.946 contratos de suministro.

QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 1 de junio de 2021, fecha en que se deliberó por vía telemática, conforme a lo previsto en el artículo 19.3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO. El representante legal de EDP impugna en casación la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de enero de 2020 (rec. 74/2017) por la que se desestimó el recurso interpuesto por EDP contra la resolución de 10 de enero de 2017 de la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, por la que se impuso a la recurrente la sanción de 900.000 € como responsable de una infracción tipificada en el art. 65.25 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del Sector Eléctrica y la modificación de determinadas cláusulas contractuales de los contratos de suministro en baja tensión.

La resolución sancionadora tiene su origen en una denuncia formulada por una sociedad contra Hidrocanábico Energía SAU (posteriormente absorbida por la EDP) dado que, como consecuencia del cambio de comercializadora, se aplicó una penalización por rescisión del contrato de suministro en aplicación de las cláusulas que figuraban en su contrato.

Se detectó que en los contratos de suministro en baja tensión denominados por la demandante B2B (Business to Business, previstos para empresas y grandes cuentas con potencia contratada superior 15 KW) con tarifa de acceso 3.0A, incorporaban las siguientes cláusulas:

a) "El plazo de vigencia del contrato será el señalado en las condiciones particulares. No obstante, el presente contrato se entenderá prorrogado por periodos anuales, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes, notificada a la otra parte por escrito y con una antelación mínima de dos meses a la fecha de vencimiento del plazo contractual o de cualquiera de sus prórrogas".

b) "La resolución unilateral e injustificada de este contrato, devengará a favor de la otra parte el derecho al cobro de una indemnización en concepto de daños y perjuicios equivalente al resultado de multiplicar 1.0 c€/kWh por la diferencia entre consumo global en kWh previsto para todo el periodo de duración inicial del contrato, o, en su caso, de sus sucesivas prórrogas (que se indica en el apartado Consumo Previsto), y el consumo real en kWh que se hubiera registrado hasta la fecha de la resolución, renunciando la parte afectada a reclamar cualquier otra cantidad en concepto de daños y perjuicios. Dicha resolución deberá ser notificada a la parte afectada con al menos un mes de antelación, a la fecha efectiva de resolución".

Estas cláusulas fueron aplicadas a la empresa denunciante como consecuencia de la resolución anticipada, instada el 7 de agosto de 2014, del contrato prorrogado con efecto anual desde el 1 de julio de 2014, lo que implicó que se girase una factura a la denunciante de 2.400 euros.

La resolución sancionó a EDP por "infracción grave consistente en el incumplimiento de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la Ley 24/2013 y su normativa de desarrollo, en concreto la infracción consistente en el establecimiento en los contratos de suministro de energía eléctrica de cláusulas contractuales contrarias a la normativa para la protección de los consumidores de electricidad".

Las condiciones contractuales que consideró contrarias a la normativa se refieren al establecimiento, para determinados clientes (personas jurídicas que actúan en el ámbito de una actividad comercial y empresarial y que tiene una potencia contratada superior a 15Kw -peaje de acceso 3.0A- y un consumo superior a 200.000 Kwh/año) de penalizaciones por la rescisión anticipada del contrato de suministro y el haber fijado un plazo de preaviso de 2 meses para no prorrogar el contrato de suministro eléctrico.

SEGUNDO. Sobre el principio de legalidad en materia sancionadora (*lex certa*).

Tal y como se ha expuesto, la resolución sancionadora consideró infringido el artículo 65.25 de la Ley 24/2013, que tipifica el "incumplimiento por parte de las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad [...] de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente Ley y su normativa de desarrollo, en especial las relativas a los consumidores vulnerables".

La recurrente entiende que ni en la Ley del Sector Eléctrico ni en su normativa de desarrollo existe ningún catálogo o listado de medidas de protección al consumidor, que explicita qué medidas pudieran dar origen a ese incumplimiento. Por ello, considera que el artículo 65.25 de la Ley 24/2013 no define con el suficiente grado de certeza la conducta sancionable, lo que vulnera los principios de legalidad y tipicidad, en su vertiente de *lex certa*.

La sentencia de la Audiencia Nacional realiza un exhaustivo y acertado resumen de la jurisprudencia constitucional sobre el principio de legalidad en su vertiente formal y material, en especial con referencia a la exigencia de *lex certa*. A tal efecto, y en relación a la garantía formal de reserva de ley concluye que ésta debe contener "la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento solo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la ley. De este modo, se vulnera el art. 25.1 CE cuando la remisión de la ley al reglamento se hace sin una previa



determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica (así, por ejemplo, SSTC 13/2013, de 28 de enero, FJ 2; 34/2013, de 14 de febrero, FJ 19; 218/2013, de 19 de diciembre, FJ 4, y 199/2014, de 15 de diciembre, FJ 3)".

El tribunal de instancia argumenta que si bien con carácter general el tipo sancionador contenido en el art. 65.25 de la Ley 24/2013, al tipificar como conducta infractora el incumplimiento o falta de aplicación por las empresas distribuidoras y comercializadoras de electricidad de la aplicación de cualquiera de las medidas de protección al consumidor de acuerdo con lo establecido en la presente ley "y en su normativa de desarrollo", podría ser "incompatible con una delimitación de las infracciones completamente remitida a la normativa de desarrollo sin otra acotación material que la de referirse a medidas de protección del consumidor". Inmediatamente señala que entrando a enjuiciar el supuesto concreto no existen dudas de constitucionalidad en este caso, pues la medida de protección al consumidor cuyo incumplimiento se sanciona (cambio de suministrador sin coste alguno) está prevista directamente en la Ley del Sector eléctrico, en concreto su art. 44.1.k). Lo que le lleva a concluir que el reconocimiento del derecho previsto en el artículo 44.1.k) de la LSE otorga la certeza necesaria al tipo infractor y el artículo 4.5 del citado Real Decreto 1435/2002 "no hace sino especificar las condiciones -plazo de preaviso- y limitar el derecho al cambio de suministrador- admitiendo la penalización en el primer periodo". Pero el derecho del consumidor que resulta infringido esta expresa, concreta y específicamente reconocido en la propia LSE.

Pues bien, al margen de la consideración global que pudiera merecer la remisión del art. 65.25 de la Ley 24/2013 a lo establecido "en la normativa de desarrollo" para completar el tipo en relación con las medidas de protección al consumidor. Lo cierto es que, en este caso, el derecho del consumidor que se consideró infringido se contenía en la propia ley del Sector eléctrico, en concreto en su artículo art. 44.1 en el que se reconoce como derecho del consumidor el "k) Realizar el cambio de suministrador sin coste alguno y en los plazos legal y reglamentariamente establecidos".

No puede dudarse que la previsión del artículo 65.25 de la LSE se completa con la contenida en el artículo 44 de dicha norma, que bajo el epígrafe "Derechos y obligaciones de los consumidores en relación con el suministro" contiene un largo listado de derechos y obligaciones referidas a los consumidores en el que se incluye el derecho a "Realizar el cambio de suministrador sin coste alguno y en los plazos legal y reglamentariamente establecidos".

Existe, por tanto, una norma legal que define el tipo infractor mediante la remisión a las medidas de protección al consumidor establecidas en dicha ley, previsión que queda integrada con el listado de derechos que bajo el epígrafe "los derechos y obligaciones de los consumidores en relación con el suministro" se contiene en dicha norma, en el que se incluye el derecho ("realizar el cambio de suministrador sin coste alguno") que se considera infringido por las prácticas realizadas por la empresa sancionada. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que se cumple con las exigencias del principio de legalidad formal y de *lex certa* en su vertiente material, pues resulta sencilla la integración de ambos preceptos lo que permite a cualquier ciudadano y especialmente a una entidad comercializadora de energía eléctrica conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y las consecuencias de sus acciones (STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3).

Debe descartarse, por tanto, su alegación referida a que ni en la Ley del Sector Eléctrico ni en su normativa de desarrollo existe ningún catálogo o listado de medidas de protección al consumidor, que permita conocer y explicitar las medidas que pudieran dar origen a ese incumplimiento, pues existe un catálogo de derechos del consumidor perfectamente identificado como tal en el art. 44.1 de la LSE, sin perjuicio de que puedan existir otros previstos en otras disposiciones.

Por otra parte, el hecho de que la previsión legal que reconoce dicho derecho se remita al desarrollo reglamentario para precisar los detalles del ejercicio del derecho del consumidor a cambiar de suministrador, es lícita y no contraviene el principio de legalidad, pues el art. 25.1 CE no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora en aspectos que impliquen un desarrollo o especificación del plazo y condiciones en que ha de ser ejercido.

Por todo ello, este tribunal no alberga dudas sobre la constitucionalidad del precepto legal aplicado en el supuesto que nos ocupa.

Ello nos sitúa ante los reproches que la entidad recurrente plantea en relación con la aplicabilidad de la norma reglamentaria invocada en la resolución sancionadora, en concreto de su art. 4.5 del RD 1435/2002. En realidad, ello suscita un problema distinto a la pretendida inconstitucionalidad por vulneración del principio de legalidad del art. 65.25 de la LSE. Se trata de alegaciones que, en cuanto referidas a la procedencia de aplicar las previsiones de la norma de desarrollo invocada, deben ser abordadas de forma separada junto con las restantes alegaciones referidas a la aplicación del art. 4.5 como complemento y desarrollo del derecho contenido en el art. 44.2. k) de la LSE.



TERCERO. Sobre la procedencia de aplicar las previsiones contenidas en el art. 4.5 del RD 1435/2002.

La sentencia impugnada parte de que el derecho del consumidor a "realizar el cambio de suministrador sin coste alguno y en los plazos legal y reglamentariamente establecidos" (artículo 44.1.K de la LSE), aparece desarrollado en el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002, en el que se establece la posibilidad de rescindir el contrato en situación de prórroga sin cargo alguno con un preaviso de quince días y un límite a la penalización por la rescisión anticipada del contrato de suministro antes de que venza la primera prórroga. Previsiones estas que habrían sido incumplidas por las cláusulas contractuales aplicadas al denunciante cuando pretendió rescindir el contrato con la compañía comercializadora.

Varios son los reproches que la parte recurrente dirige a la posibilidad de aplicar el art. 4.5 del RD 1435/2002 como complemento y desarrollo del derecho cambiar de suministrador sin coste alguno.

La recurrente argumenta que: dicho precepto no puede considerarse que contenga o constituya una medida de protección al consumidor; esta norma no puede considerarse desarrollo del art. 44.1.k) de la Ley 24/2013, pues entró en vigor una década antes que la Ley; las medidas de protección al consumidor solo deben aplicarse en los contratos de suministro de determinados consumidores merecedores de especial protección- a juicio de la parte recurrente solo los consumidores domésticos y no al resto de los consumidores conectados a las redes en baja tensión que tienen elevados consumos muy altos poderes adquisitivo y de negociación;- la posibilidad de resolver anticipadamente un contrato de suministro no es equiparable ni subsumible en el derecho al cambio de suministrador sin coste algo.

Analicemos dichas objeciones.

En primer lugar, cuestiona que el art. 4.5 del RD 1435/2002 pueda considerarse dictado en desarrollo del art. 44.1.k) de la Ley 24/2013. A tal efecto razona que el derecho a cambiar de suministrador no existía en la anterior Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (vigente en el momento de publicarse tanto el RD 1435/2002), sino que fue introducido en la Ley 24/2013, por lo que entiende que el derecho reconocido en esta última previsión legal no puede considerarse desarrollada por un Real Decreto publicado ocho años antes. Así mismo, razona que el propio tenor literal del art. 43.3 de la Ley 24/2013 ("Reglamentariamente se establecerán, por las Administraciones Públicas competentes, medidas de protección al consumidor que deberán recogerse en las condiciones contractuales para los contratos de suministro de los comercializadores con aquellos consumidores que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico"), indica que únicamente pueden entenderse como normativa de desarrollo de la Ley 24/2013 las medias de protección al consumidor establecidas con posterioridad a la entrada en vigor de la misma.

Lo cierto es que la exposición de motivos de la Ley 54/1997 establecía un proceso transitorio en el proceso de liberalización de la comercialización de la energía eléctrica, para culminar en la libertad de elección en un plazo de diez años. Ley, que tras la modificación operada por la Ley 17/2007, de 4 de julio, ya reconocía en el art. 44.2 el derecho de los consumidores finales de electricidad a elegir suministrador, disponiéndose además en el apartado cuarto de este precepto que:

"4. Reglamentariamente se establecerán, por las administraciones competentes, medidas de protección al consumidor que deberán recogerse en las condiciones contractuales para los contratos de suministro de los comercializadores con aquellos consumidores que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico.

Asimismo, reglamentariamente se establecerán los mecanismos de contratación y las condiciones de facturación de los suministros, incluyendo los procedimientos de cambio de suministrador y de resolución de reclamaciones".

Por ello, el reconocimiento del derecho al cambio de suministrador sin coste alguno es anterior a la ley del Sector eléctrico 24/2013. Pero conviene añadir que mucho antes, por el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, se adelantó el calendario de la liberalización previsto, al establecer en su artículo 19.uno que "A partir del 1 de enero de 2003, todos los consumidores de energía eléctrica tendrán la consideración de consumidores cualificados".

Ello implicó que el Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, se destinase a completar la regulación existente en relación con la liberalización y el cambio de suministrador, así se disponía en la Exposición de Motivos de dicho reglamento al afirmar:



"El presente Real Decreto viene a completar la regulación existente relativa al suministro para hacerla extensiva a la totalidad de los consumidores de baja tensión, de tal forma que sea posible la plena elegibilidad el 1 de enero de 2003.

El reto con el que se enfrenta el mercado el próximo 1 de enero es el paso de los 62.000 clientes que en la actualidad pueden elegir suministrador a los más de 21 millones de clientes que existen en la totalidad del mercado, de los cuales el 97 por ciento son consumidores domésticos. Esto supone el incremento más importante en número de consumidores desde que se inició la liberalización del sector.

La implantación efectiva de la plena liberalización del suministro el 1 de enero de 2003 exige una revisión de los procedimientos de contratación existentes que faciliten la incorporación de los consumidores al mercado.

[...]

Por ello el alcance de la norma se limita a los consumidores que hasta el 1 de enero de 2003 no tenían la condición de consumidores cualificados, básicamente los consumidores en baja tensión".

Tales previsiones han de ponerse en relación con lo preceptuado en la disposición transitoria 1.1 de la Ley del Sector Eléctrico, en la que se dispone que "En tanto no se dicten las normas de desarrollo de la presente ley que sean necesarias para la aplicación de alguno de sus preceptos, continuarán aplicándose las correspondientes disposiciones en vigor en materia de energía eléctrica".

En definitiva, la propia Ley se remite expresamente a las normas reglamentarias ya existentes, como normativa de desarrollo aplicable hasta se dicten nuevas normas de desarrollo. Normas que, como la prevista en el Real Decreto 1435/2002, ya establecían previsiones en relación al proceso de liberalización del sector eléctrico y el cambio de suministro.

Las previsiones del Real Decreto dictadas con tal propósito no requieren tener la condición de medidas para la protección del consumidor, sino que basta que sean normas dictadas para el desarrollo de previsiones legales relativas a la duración y la condiciones para el cambio de los contratos.

En segundo lugar, se reprocha a la sentencia que equipare el cambio de suministrador y la rescisión anticipada del contrato de suministro.

Lo cierto es que si bien jurídicamente es posible diferenciar los supuestos de cambio de suministrador con los de rescisión del contrato, el primero relacionado con la libertad de elección del consumidor, y el segundo relacionado con el cumplimiento de lo pactado y la libertad de contratación, existe una base común que ambas figuran comparten, pues, como señala el Abogado del Estado, fuera del caso de cesación definitiva de suministro, lo que no es el caso que nos ocupa, tal diferencia se diluye pues todo cambio de suministrador sin concluir el contrato anterior implica la resolución o rescisión del contrato existente, por lo que no existiría inconveniente en admitir que puedan tener unas previsiones comunes en aspectos relacionados con las penalizaciones aplicables y el plazo de preaviso.

En tercer lugar, la recurrente cuestiona que la sentencia impugnada haya considerado que las previsiones del art. 4.5 del RD 1435/2002 resulten de aplicación a las pequeñas y medianas empresas y no solo a los consumidores domésticos, realizando una interpretación expansiva del artículo 4.5 del RD 1435/2002.

Argumenta que las medidas de protección al consumidor solo debían contenerse en los contratos de suministro de determinados consumidores merecedores de especial protección, solo a los consumidores domésticos y no al resto de los consumidores conectados a las redes en baja tensión que tienen elevados consumos y un alto poder adquisitivo y de negociación. Argumenta que la referencia del art. 43.3 de la Ley 24/2013 referida a que el desarrollo reglamentario necesario en relación a las medidas de protección al consumidor que deben recogerse es "en las condiciones contractuales para los contratos de suministro de los comercializadores con aquellos consumidores que por sus características de consumo o condiciones de suministro requieran un tratamiento contractual específico", de donde deduce que no es para todo tipo de consumidores.

A tal efecto, ya desde el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, se establecía en su artículo 19.uno que "A partir del 1 de enero de 2003, todos los consumidores de energía eléctrica tendrán la consideración de consumidores cualificados". Lo cual es conforme con la amplitud con la que la actual LSE define al consumidor en su artículo 6.1.g): "Los consumidores, que son las personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo".

Y la exposición de motivos del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, afirma que "El presente Real Decreto viene a completar la regulación existente relativa al suministro para hacerla extensiva a la totalidad de los consumidores de baja tensión, de tal forma que sea posible la plena elegibilidad el 1 de enero de



2003", y su artículo 2, al regular su ámbito de aplicación, dispone que "El presente Real Decreto es de aplicación a los consumidores en baja tensión que adquieren su energía a tarifa de suministro o a través de un comercializador, a los distribuidores y a los comercializadores de energía eléctrica como participantes en los procesos necesarios para el suministro de electricidad a dichos consumidores".

Preceptos de los que se deduce que las previsiones contenidas en el Real Decreto 1435/2002 son aplicables a los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, sin diferenciación, al menos en las previsiones que nos importan, entre el tipo de consumidor de que se trate. Ello permite concluir que las previsiones reglamentarias invocadas también son aplicables a las empresas conectadas a la red de baja tensión y no solo a los consumidores domésticos.

Por todo ello procede desestimar el recurso de casación confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional.

CUARTO. En respuesta a las cuestiones sobre las que se apreció interés casacional ha de señalarse que el art. 65.25 de la LSE, relacionado con la previsión contenida en el art. 44.1.k de la Ley del Sector eléctrico, cumple con las exigencias que imponen los principios de legalidad y tipicidad contenidos en el art. 25 de la CE en lo relativo a los incumplimientos referidos al derecho del consumidor a cambiar de suministrador sin coste alguno, previsión que puede entenderse desarrollada por el artículo 4.5 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, sin que se albergue dudas en torno a la inconstitucionalidad en el caso que nos ocupa que obliguen a plantear una cuestión ante el Tribunal Constitucional

QUINTO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico tercero:

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de EDP ENERGIA S.A.U., contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de enero de 2020 (rec. 74/2017) sin hacer condena de las costas en casación.

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

Así se acuerda y firma.