



Roj: **STS 1022/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1022**

Id Cendoj: **28079130032018100107**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **20/03/2018**

Nº de Recurso: **454/2016**

Nº de Resolución: **466/2018**

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 466/2018**

Fecha de sentencia: 20/03/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 454/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 06/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

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

Transcrito por: PJM

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 454/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección Tercera**

**Sentencia núm. 466/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

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



D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 20 de marzo de 2018.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 1/454/2016, interpuesto por Hidroeléctrica del Cantábrico, S.L., representada por el procurador D. Carlos Mairata Laviña y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Laura Alonso González, contra el Real Decreto 1074/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifican distintas disposiciones en el sector eléctrico. Son partes demandadas la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; Iberdrola España, S.A.U., representada por el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia y bajo la dirección letrada de D. Gerardo Codes Calatrava; Viesgo Energía, S.L., representada por la procuradora D.<sup>a</sup> María Jesús Gutiérrez Aceves y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Nuria Encinar Arroyo; Cide Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Mercedes Caro Bonilla y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Sanmartín Fenollera; Asociación de Empresas Eléctricas (ASEME), representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez; Factor Energía, S.A., representada por el procurador D. Antonio Ortega Fuentes y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Iria Calviño Garrido, y la Asociación de Comercializadores Independientes de Energía, representada por el procurador D. Pablo Domínguez Maestro.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- En fecha 4 de febrero de 2016 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra el Real Decreto 1074/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifican distintas disposiciones en el sector eléctrico, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 4 de diciembre de 2015. Se ha tenido por interpuesto el recurso por diligencia de ordenación de 5 de febrero de 2016.

**SEGUNDO** .- Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito en el que, previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del párrafo tercero del artículo segundo.dos del Real Decreto impugnado. Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que la cuantía del recurso es indeterminada y solicita que se acuerde el recibimiento a prueba del mismo, exponiendo los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar y proponiendo los medios probatorios de que intentaría valerse, así como la realización del trámite de conclusiones escritas.

**TERCERO** .- Se ha dado traslado de dicha demanda a la Administración demandada, habiendo presentado el Sr. Abogado del Estado escrito contestándola, en el que tras las alegaciones oportunas suplica que se dicte sentencia desestimatoria y confirmando la disposición recurrida, con costas.

Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar la demanda, sin que ninguno de ellos haya presentado escrito, por lo que se le ha tenido por caducados en cuanto a dicho trámite.

**CUARTO** .- Mediante decreto de 29 de marzo de 2017 la Letrada de la Administración de Justicia ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, dictándose seguidamente auto de 19 de abril del mismo año acordando el recibimiento a prueba y la admisión de los medios probatorios propuestos considerados pertinentes, procediéndose a su práctica.

**QUINTO** .- Finalizada la fase probatoria se ha concedido a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado a excepción de las partes codemandadas, declarándose a continuación conclusas las actuaciones.

**SEXTO** .- Por providencia de fecha 22 de enero de 2018 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 6 de marzo de 2018, en que han tenido lugar dichos actos.

**SÉPTIMO** .- Asume la ponencia del presente recurso el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, en sustitución del anteriormente designado, el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde, quien formula voto particular por discrepar del criterio de la mayoría.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- El procurador de los tribunales Carlos Mairata Laviña, actuando en nombre y representación de Hidroeléctrica del Cantábrico S.A.U. y asistido por la letrada Laura Alonso González, interpone demanda contra el Real Decreto 1074/2015, de 27 de noviembre por el que se modifican distintas disposiciones en el sector eléctrico, en concreto solicita la nulidad del párrafo tercero del artículo segundo. dos del Real Decreto 1074/2015 , que modifica el Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, disponiendo: «En todo caso, ni las empresas comercializadoras ni la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia podrán acceder a cualquier información que directamente identifique al titular del punto de suministro, y en particular, a los datos recogidos en los apartados c), z) y aa) del apartado 1».

El recurso, muy sintéticamente, se basa en los siguientes motivos de impugnación: a) la norma ha infringido el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, dado que esta medida i) no fue sometida al preceptivo trámite de audiencia e informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y del Consejo de Estado ii) no se ha evaluado ni motivado en la correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo la incidencia sobre la competencia; b) la norma vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad debido a su falta de motivación; c) impide el libre ejercicio de la actividad de comercialización en los términos establecidos en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre del Sector Eléctrico; d) vulnera los principios de competencia efectiva y mínimo coste consagrados en la Ley del Sector Eléctrico, incurriendo en una restricción de la competencia prohibida por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

**SEGUNDO** .- Sobre las irregularidades en el procedimiento de elaboración del Real Decreto.

La demanda considera que en la tramitación de la disposición impugnada no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido para la elaboración de los reglamentos, pues la medida prohibitiva del acceso a los datos identificativos del consumidor, en particular a los campos c), z) y aa) del Sistema de información de Puntos de suministro (en adelante SIPS), no fue sometida al preceptivo informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ni al correspondiente trámite de audiencia, vulnerando con ello los artículos 5.2.a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio , de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el art. 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno ; así como el artículo 105.a) de la Constitución y art. 24.1.c) de la Ley 50/1997 en relación la disposición adicional 15.4 y la disposición transitoria décima de la Ley 3/2103 que disponen que el trámite legal de audiencia en el ámbito energético se ha evacuar a través del Consejo Consultivo de Electricidad.

Argumenta que después de haber finalizado el trámite de audiencia y haberse emitido el informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la Administración introdujo la previsión ahora impugnada. Se produjo, a su juicio, una modificación sustancial entre la propuesta sometida a informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a los interesados y el texto finalmente aprobado, y ese cambio tenía una especial incidencia sobre la actividad de comercialización y liberalización del mercado. Tampoco la versión que se proporcionó al Consejo de Estado para que emitiese su informe se correspondía con la versión finalmente aprobada.

Este Tribunal ha abordado alegaciones similares en relación a esta misma norma, descartando en todas ellas que se hubiesen cometido irregularidades en la elaboración de la norma que determinasen su nulidad.

Así en la STS de 23 de mayo de 2017 (rec. 222/2016 ) se descartó que fuera necesario reiterar el trámite de alegaciones ante el Consejo Consultivo de la Electricidad afirmando que:

«[...] el procedimiento de elaboración de una disposición general es, literalmente, un proceso, en el cual se insertan trámites destinados precisamente a la depuración y mejora de la propuesta de disposición. Ello lleva consigo que dicho procedimiento no puede ser reiniciado o reiterado en alguno de sus trámites cada vez que se incorpora una modificación. Tal sólo de manera excepcional, cuando se produce una modificación sustancial del contenido, puede resultar necesario reiterar algunos trámites, como pueden serlo el de alegaciones o el de informe del Consejo de Estado.

Sin embargo, no sucede nada semejante en el presente caso, ya que las modificaciones relativas a la regulación del SIPS, incluida la que se impugna en este litigio, no suponen un cambio esencial en la disposición impugnada que requiriese la reiteración del trámite ante el referido órgano consultivo.»

Argumentación que no solo resulta aplicable al Consejo Consultivo de la Electricidad sino también a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.



Por lo que respecta a la necesidad de reiterar el trámite de informe ante el Consejo de Estado también hemos descartado su necesidad en nuestras SSTs de 22 de diciembre de 2016 (rec. 177/2013 ) y de 9 de mayo de 2017 (rec. 368/2016 ) argumentando que:

«Este motivo de impugnación, que se basa en la alegación de que la versión final del Real Decreto 1074/2015 contiene modificaciones sustanciales que no fueron objeto del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, que son por ello nulas de pleno derecho, no puede ser acogido.

En efecto, esta Sala descarta que las modificaciones introducidas en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 1074/2015, en relación con la redacción dada a los apartados 2 y 4 del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 , con posterioridad a haberse emitido el dictamen del Consejo de Estado (19 de noviembre de 2015), determinen -tal como propugna la Asociación recurrente- la necesidad de remitir nuevamente el texto del proyecto al Consejo de Estado con el objeto de que emita un dictamen complementario del anterior, para cumplir con la exigencia de consulta contenida en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado .

Al respecto, cabe señalar que no apreciamos que las modificaciones del texto tengan el carácter sustancial que se les atribuye, en la medida que no comportan una alteración significativa de los principios que inspiran la reforma del sistema de información de los puntos de suministro tanto en lo que concierne a la determinación del alcance de la prohibición de acceder a los datos identificadores del consumidor, como a la regulación de los requisitos exigidos para que comercializadores distintos a aquel con el que se tenga contratado el suministro puedan acceder a los datos de los clientes.

También rechazamos que en el procedimiento de elaboración del Real Decreto 1074/2015, se hayan vulnerado las garantías formales enunciadas en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno .

Procede recordar que, conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial formulada por esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en la sentencia de 3 de junio de 2008 (RCA 67/2006 ), no procede apreciar la infracción del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , en relación con la impugnación de disposiciones generales, por el hecho de que se hayan introducido, al aportar definitivamente la norma, modificaciones sobre el texto del proyecto inicial, cuando son consecuencia lógica de la tramitación del procedimiento de elaboración del Reglamento, que corresponden a propuestas realizadas en el trámite de audiencia o a observaciones sugeridas por los Organismos Consultivos en los informes o dictámenes que emitan.» ( STS de 9 de mayo de 2017 )

**TERCERO** . - Sobre la insuficiencia de la memoria del análisis del impacto normativo.

Otro de los motivos de impugnación aparece referido a la infracción de las normas relativas a la elaboración de la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, contenidas en el art. 24.1 de la Ley 50/1997 en relación con el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, dado que ninguna de las versiones de la Memoria que acompañaron a las sucesivas propuestas del Real Decreto contenía un análisis de la medida objeto de recurso.

El artículo 2 del Real Decreto 1083/2009 relativo a la estructura y contenido de la memoria de análisis de impacto normativo establece que en la Memoria deben analizarse, entre otros aspectos, la oportunidad de la propuesta, el aspecto jurídico y el impacto económico y presupuestario, que comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia.

Argumenta la parte recurrente que tanto en precedentes administrativos como judiciales se ha afirmado la importancia del acceso completo al SIPS para la dinámica del mercado minorista, pues la falta de acceso incrementa los costes de comercialización (las empresas dejan de poder acceder gratuitamente a datos básicos), los costes de tramitación del cambio de suministrador y los de realización de ofertas y redundan en una menor competencia en el mercado de suministro.

El Abogado del Estado sostiene que en la memoria se justifica la supresión de los datos relativos a facturación horaria emitidos por equipos de telemedida y telegestión, garantizando la confidencialidad de los datos de los consumidores. Sería incoherente la supresión de los datos de consumo y sin embargo tener acceso a los datos de carácter personal.

Este tribunal también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta pretendida infracción en relación con la misma norma impugnada, y hemos concluido que tampoco apreciamos que la memoria de impacto normativo no cumpla con su cometido por su genérica referencia a la ausencia de efectos sobre la competencia y el mercado afectado. La afirmación de la memoria de que el proyecto de disposición carece de efectos sobre la competencia podrá estar equivocada, pero supone que en opinión del órgano responsable de la elaboración no afecta de manera relevante ni al mercado afectado ni a los sujetos que operan en el mismo. Si bien sería de desear una explicación de la afirmación, y en ocasiones tal explicación puede ser imprescindible para que



la memoria cumpla con su finalidad, no parece que ese sea el caso en el concreto supuesto de autos, en el que el Real Decreto impugnado contiene escasas modificaciones puntuales de diversas normas en aspectos no especialmente relevantes, lo que también puede predicarse respecto al inciso que impugna ( STS de 23 de mayo de 2017, rec. 222/2016 ).

**CUARTO** .- Sobre la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad por falta de motivación.

En otro de los motivos de impugnación se argumenta que el expediente administrativo no contiene explicación respecto de la prohibición cuestionada, ni ésta fue consecuencia de las alegaciones de los interesados ni de los informes emitidos por los diferentes organismos consultados. Es más, afirma, tanto la Agencia de Protección de Datos como el Consejo de Estado advirtieron en sus informe que las distintas propuestas del Ministerio de restringir el acceso de los comercializadores a los datos identificativos del consumidor del SIPS son contrarias a la funcionalidad de este sistema y a la Ley del Sector Eléctrico, y que tan solo habían solicitado que no se pudiera acceder a otros datos personales diferentes a los recogidos en el apartado 1 del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 .

Frente a estas alegaciones, tampoco se advierte infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad derivado de la falta de justificación de la prohibición de acceso a tales datos.

Como ya sostuvimos en las SSTs de 5 de mayo de 2017 (rec. 407/2016 ) y de 5 de mayo de 2017 (rec. 407/2016 ) no cabe entender que dicha restricción carezca de fundamento o de justificación objetiva suficiente, puesto que la singular redacción del Real Decreto responde a las objeciones de la Agencia de Protección de Datos que subraya la necesidad de reemplazar la referencia originaria a los "datos de carácter personal" por la expresión "datos identificativos del consumidor" en aras, precisamente, de lograr la protección de datos que le incumbe. Del mismo modo, el dictamen del Consejo de Estado, ante la indefinición de dicha expresión "datos identificativos del consumidor" y sus consecuencias, consideró oportuna la delimitación de aquellos a que pudieran acceder las comercializadoras, razón por la cual el Ministerio de Industria procedió a precisar aquellos datos que se consideraban "identificativos", calificando como tales los del apartado c) cuestionado, en cuanto permitirían la identificación del consumidor.

Así las cosas, es claro que la restricción de acceso a dicha información sobre el punto de suministro presenta su fundamento y justificación en los dictámenes emitidos por la Agencia Española de Protección de Datos y el Consejo de Estado, que expresan de forma coincidente y razonada los motivos por los que propugnan una redacción respetuosa con la Legislación de protección de datos y la exigencia de que se evite conocer la identidad de los consumidores, justificación objetiva y basada en la Ley 15/1999, de Protección de Datos de carácter personal y en las Directivas 2009/72/CE y 2012/27/CE.

Se trata, pues, de un riesgo cierto de suministrar datos de carácter personal que afectan a la esfera del derecho fundamental de los consumidores. Así, cabe recordar que el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos, y que esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías, así como el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Poder de disposición sobre los propios datos personales que «nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin» (por todas STC 292/2000 ).

Pues bien, este criterio y el fundamento esgrimido por la Administración del Estado no han sido desvirtuados por la parte recurrente, que en su alegato se ciñe a manifestar que se trata de datos de la instalación, pero sin combatir la razón esgrimida de que el juego combinado de los datos permitiría conocer o habría un riesgo cierto de conocer la identidad del consumidor, que es la finalidad perseguida por la Administración demandada con arreglo a la Ley de Protección de Datos, obedeciendo la restricción a una justificación objetiva y a una finalidad legítima. Todo lo cual permite excluir la tacha de arbitrariedad que la sociedad recurrente imputa al Real Decreto impugnado.

**QUINTO** .- Sobre la vulneración del libre ejercicio de la actividad de comercialización y de los principios de competencia efectiva, realización al mínimo coste y restricción de la competencia.

Finalmente se aduce que esta prohibición coarta el libre ejercicio de la actividad de comercialización reconocido en los artículos 2.1 , 6.1.f ) y 8.3 de la Ley del Sector Eléctrico y el derecho que dicha norma otorga a los comercializadores de contratar la venta de energía con los consumidores (art. 46.2.c), pues al prohibirles acceder a los datos identificativos del consumidor y a la ubicación del punto de suministro se les priva de una información esencial para poder realizar su actividad empresarial: se elimina la capacidad de las comercializadoras de realizar campañas comerciales en áreas geográficas concretas u ofertas personalizadas o asesoramiento individualizado, pues no podrán localizar los suministros que tiene una misma persona; se incrementan los costes de comercialización; y quedan afectados los procesos de cambio de suministrador,



pues aumentarán los errores, los costes de los procesos y los plazos de tramitación. Así mismo entiende que dicha prohibición es contraria a los principios de competencia efectiva y de menor coste consagrados en la Ley del Sector Eléctrico e introduce una restricción de la competencia en contra de lo ordenado en el artículo 4.2 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Ya hemos señalado anteriormente que la finalidad perseguida con la restricción cuestionada es la protección de datos de carácter personal, finalidad constitucionalmente legítima ( STC 292/2000 ) y que la misma resulta adecuada en atención al fin perseguido. Sin que se aprecie que dicha restricción interfiera en la capacidad de negocio de las empresas comercializadoras pues, como ya señalamos en nuestra STS nº 1799/2017, de 23 de noviembre de 2017 (rec. 361/2016 ) «[...] las modificaciones reglamentarias no impiden a los comercializadores que puedan realizar (con los datos agregados de que dispone a través del SIPS), compañías comerciales acomodadas a las particularidades de cada cliente y campañas generalizadas dirigidas de forma indeterminada a todos los usuarios».

#### **SEXTO.-** Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso imponiendo las costas a la parte recurrente. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

### **FALLO**

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

1. Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Hidroeléctrica del Cantábrico, S.L. contra el Real Decreto 1074/2015, de 27 de noviembre, por el que se modifican distintas disposiciones en el sector eléctrico.
2. Imponer las costas a la parte demandante conforme a lo expresado en el fundamento de derecho sexto.

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

Así se acuerda y firma.

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

Maria Isabel Perello Domenech Diego Cordoba Castroverde Angel Ramon Arozamena Laso

Fernando Roman Garcia

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **VOTO PARTICULAR**

#### **Voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde en la sentencia dictada en el recurso 454/2016**

Con este voto particular quiero expresar mi respetuosa discrepancia con el parecer mayoritario de la Sala, por lo que respecta a la conclusión alcanzada en relación con las irregularidades habidas en la tramitación del procedimiento. A mi juicio, han existido irregularidades sustanciales en el procedimiento de elaboración de esta norma que deberían haber determinado la anulación del Real Decreto 1074/2015, de 27 de noviembre por el que se modifican distintas disposiciones en el sector eléctrico en relación con la previsión contenida en del párrafo tercero del artículo segundo, dos del mismo en el que se dispone «En todo caso, ni las empresa comercializadoras ni la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia podrán acceder a cualquier información que directamente identifique al titular del punto de suministro, y en particular, a los datos recogidos en los apartados c), z) y aa) del apartado 1».

Esta previsión, en cuanto limitaba la información a la que pueden tener acceso tanto la Comisión Nacional del Mercados y la Competencia como el resto de empresas comercializadoras incidía en la transparencia del sector y en la competencia, así como en las funciones que ha de ejercer la Comisión de los Mercados y la Competencia.



La información contenida en el Sistema de información de puntos de suministro (SIPS) trata de favorecer la competencia en el mercado de comercialización minorista de la electricidad. Así lo hemos señalado en una reciente sentencia nº 89/2017, de 23 de mayo de 2017 (rec. 222/2017) en la que se afirmaba «[...] ha de admitirse que, en principio, la inclusión del dato controvertido supone un incremento de información que debería favorecer la competencia, al igual que la inclusión en el SIPS de los datos relativos al consumidor, puesto que da más elementos al conjunto de operadores en el mercado minorista de electricidad para elaborar y ejecutar estrategias de comercialización competitivas. En efecto, el conocimiento del suministrador minorista a un determinado punto de suministro permite a otro operador mejorar su oferta y tratar de que el titular de dicho punto de suministro cambie de proveedor».

Así pues, con independencia de la cuestión de fondo (consistente en determinar si el poner a disposición la información relativa a los datos de identificación y la dirección del titular del punto de suministro puede considerarse contraria a la normativa en materia de protección de datos) mi objeción al parecer mayoritario es que dicha modificación debió de ser sometida a informe de la CNMC.

La previsión impugnada se incorpora en la segunda versión de la propuesta una vez que la primera versión del proyecto había sido sometida a trámite de audiencia e informada por la CNMC y por el Consejo Consultivo de la Electricidad. De modo que la CNMC no tuvo oportunidad de informar sobre este cambio normativo. Así ha resultado acreditado en periodo probatorio en el que se solicitó de la CNMC que informase si la propuesta que se trasladó a dicho organismo incorporaba el párrafo impugnado. En su contestación la CNMC afirmó que «la propuesta de Real Decreto con estrada en esta Comisión para informe no incorporaba el párrafo en cuestión, que alteraba los campos c), z) y aa) ni ninguna previsión similar» ni tampoco se incorporó esta modificación en el trámite de audiencia al Consejo Consultivo de la Electricidad.

La modificación fue sustancial y no consta que fuera consecuencia de la indicación o sugerencia que dimanase de los informes preceptivos sino que se introdujo de oficio por el Ministerio y posteriormente fue informada, con algunas modificaciones, por el Consejo de Estado pero no se sometió a nuevo informe de la CNMC antes de aprobar definitivamente el texto del Real Decreto. La ausencia del informe preceptivo tanto de la CNMC como del Consejo Consultivo de la Electricidad, en un tema de indudable trascendencia en relación con la competencia en este sector implica, a mi juicio, la inobservancia de un trámite esencial del procedimiento que arrastra la nulidad de la disposición que se dicta, según jurisprudencia reiterada, pues el cumplimiento del procedimiento establecido y de sus trámites esenciales constituye así un límite importante al ejercicio de la potestad reglamentaria.

Así mismo, tampoco considero suficiente la memoria de impacto normativo sobre este extremo, pues no proporciona información alguna ni analiza el impacto que la citada prohibición tendría sobre la competencia, máxime cuando numerosas resoluciones tanto del tribunal Supremo como de la Comisión de Defensa de la Competencia han venido destacando la importancia que para la transparencia y la libre competencia en este sector tiene la apertura de la información SIPS a las empresas comercializadoras, especialmente a las pequeñas.

Este cambio normativo requería un estudio sobre la incidencia que tendrá en el sector y la libre competencia y las funciones que ha de ejercer la Comisión de los Mercados y la Competencia, sin que pueda considerarse suficiente, como entiende el voto mayoritario, una memoria que se limita a reseñar que dicha previsión carece de efectos sobre la competencia. Una afirmación tan escueta como la analizada no constituye una explicación mínima e imprescindible que permita entender que la memoria cumple con su finalidad.

Dado en Madrid en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

Diego Cordoba Castroverde

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.