



Roj: **STS 2727/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2727**

Id Cendoj: **28079130032015100195**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **10/06/2015**

Nº de Recurso: **2688/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2490/2012,**
STS 2727/2015

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo **Contencioso-Administrativo**

Sección: **TERCERA**

S E N T E N C I A

Fecha de Sentencia: 10/06/2015

RECURSO CASACION Recurso Núm.: 2688 / 2012

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 26/05/2015

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Escrito por: PJM

Nota:

EXPEDIENTE SANCIONADOR DEFENSA DE LA COMPETENCIA (644/08

CNC): NEGATIVA DE ACCESO INCONDICIONADO Y MASIVO AL SISTEMA DE INFORMACIÓN DE PUNTOS DE SUMINISTRO A CÉNTRICA ENERGÍA Y TRATO DISCRIMINATORIO HACIA LOS COMPETIDORES DE LA COMERCIALIZADORA DEL GRUPO IBERDROLA S.A. EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE CLIENTES.

RECURSO CASACION Num.: 2688/2012

Votación: 26/05/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Espín Templado

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA



Excmos. Sres.: Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil quince.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2.688/2.012, interpuesto por IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U., representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 17 de mayo de 2.012 en el recurso contencioso-administrativo número 171/2.009, sobre expediente sancionador por negativa de acceso incondicionado y masivo al Sistema de Información de Puntos de Suministro a Céntrica Energía.

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y ENERGYA VM GESTIÓN DE ENERGÍA, S.L., representada por el Procurador D. Pablo Domínguez Maestro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 17 de mayo de 2.012, desestimatoria del recurso promovido por Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de abril de 2.009, por la que se resolvía el expediente 644/08, iniciado por la denuncia realizada por Céntrica Energía, S.L.U. En la mencionada resolución se declara que Iberdrola Distribución, S.A.U. ha incurrido en una práctica prohibida por los artículos 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, consistente en una negativa de acceso incondicionado y masivo al Sistema de Información de Puntos de Suministro a Céntrica Energía, además de haber incurrido en un trato discriminatorio hacia los competidores de la comercializadora del grupo Iberdrola, S.A. en relación con el acceso a la información de clientes, imponiéndole una multa sancionadora de 15.000.000 euros por la comisión de las conductas acreditadas.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fecha 25 de junio de 2.012, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Efectuados los emplazamientos, la representación procesal de Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. ha comparecido en forma en fecha 10 de septiembre de 2.012, mediante escrito interponiendo el recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, formulado al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en relación con los artículos 217, 281, 319, 326 y 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y con los artículos 9.3, 24 y 25 de la Constitución;

- 2º, que se basa también en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 y del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en relación con el artículo 7 del 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, con la disposición adicional tercera de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008, y con los artículos 127 y 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como por infracción de la jurisprudencia;

- 3º, basado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, por infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 y del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en relación con el artículo 7 del



Real Decreto 1435/2002 , y con el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , y de los artículos 41.1 y 45.2 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico , todo ello en relación con la jurisprudencia;

- 4º, que se ampara en el apartado 1.c) del ya citado artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, del artículo 82 de la propia Ley jurisdiccional y del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción y con los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución ;

- 5º, basado en el apartado 1.d) del reiterado precepto procesal, por infracción del artículo 130.1 de la Ley 30/1992 , en relación con la jurisprudencia;

- 6º, que se basa en el apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto, de los artículos 67 de la propia Ley jurisdiccional y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción y con los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución ;

- 7º, basado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989 y del artículo

82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en relación con el artículo 137 de la Ley 30/1992 y con el artículo 24.2 de la Constitución , así como de la jurisprudencia, y

- 8º, que se basa en el mismo apartado que el anterior, por infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989 , del artículo 131.3 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia, en relación con los artículos 217 , 381 , 319 , 326 y 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con los artículos 9.3 y 24 de la Constitución .

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule al recurrida, y se dicte sentencia que la sustituya y por la que entre a conocer del fondo del asunto y estime las pretensiones ejercitadas en el recurso contencioso- administrativo interpuesto, que fueron la anulación íntegra de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2.009 o, con carácter estrictamente subsidiario, que se anule parcialmente dicha resolución y acuerde reducir el importe de la sanción de multa impuesta.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 18 de octubre de 2.012.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, se confirme la que en el mismo se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley de la Jurisdicción.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación Energía VM Gestión de Energía, S.L. -actual denominación social de Céntrica Energía, S.L.U.-, cuya representación procesal suplica en su escrito que se desestime íntegramente el mismo, imponiendo las costas causadas.

QUINTO .- Por providencia de fecha 5 de marzo de 2.015 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 26 de mayo de 2.015, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Espín Templado** , Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. recurre en casación la Sentencia dictada el 17 de mayo de 2.012 por la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en materia de derecho de la competencia, que había desestimado el recurso entablado por la citada mercantil contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2.009. El citado acuerdo declaraba que Iberdrola Distribución había incurrido en una práctica anticompetitiva consistente en la denegación de acceso masivo e incondicionado al sistema de información de puntos de suministro (SIPS) a los competidores de la comercializadora del grupo Iberdrola, en relación con el acceso a la información de clientes, así como haber permitido a Iberdrola un acceso discriminatorio a dicha información, sancionándole con una multa de 15 millones de euros.

El recurso se articula mediante 8 motivos. De ellos el cuarto y sexto se acogen al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en particular por incongruencia omisiva de la Sentencia recurrida sobre la alegada ausencia de culpabilidad (motivo cuarto) y sobre la supuesta cesión discriminatoria de datos a la comercializadora del grupo Iberdrola (motivo quinto).



Todos los restantes motivos se amparan en el apartado 1.d) del citado precepto procesal, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, tal como se ha detallado en los antecedentes.

SEGUNDO .- Sobre los motivos relativos a la incongruencia omisiva.

Como se ha indicado, en los motivos cuarto y sexto la recurrente achaca a la Sentencia impugnada haber omitido toda respuesta a dos cuestiones relevantes, cual son la alegada ausencia de culpabilidad (motivo cuarto) y las alegaciones relativas a la infracción consistente en la transmisión discriminatoria de información a la comercializadora del grupo Iberdrola (motivo sexto).

En lo que respecta a la primera de las incongruencias omisivas, la Sentencia impugnada respondía lo siguiente en relación con la alegación de ausencia de culpabilidad:

" 8. Por último, la actora sostiene que no ha existido el elemento de culpa necesario para la impugnación de una infracción: Iberdrola distribución actuó en todo momento con base en una interpretación razonable de la normativa sectorial y de protección de datos y amparada en la confianza legítima de la legalidad de su actuación.

Al respecto efectúa una serie de consideraciones generales sobre el elemento subjetivo de culpa o negligencia que ha de concurrir para imputar cualquier infracción administrativa y aplicación a los casos de abuso de posición de dominio. Así, en primer lugar, considera la recurrente que la existencia de los informes de la AEDP a los que se refiere la demanda, ponen de relieve que no fue hasta la Ley 17/2007 que existió la habilitación legal para la cesión pretendida por la codemandada, cuya solicitud para acceder pasiva e incondicionadamente al SIPS se produce el 6 de octubre de 2006, varios meses antes de la Ley 17/2007. Y añade a los referidos informes, el Auto de 13 de febrero de 2008 de esta misma Sala (Sección Primera) que suspendió cautelarmente la Disposición Adicional Tercera de la Orden 3860/2007 y que, -continúa alegando la demandante- entendió en un análisis "prima facie" propio de aquél momento procesal en que fue dictado, que la

cuestión planteaba dudas fundadas sobre su compatibilidad con la Ley y, en definitiva, eliminaría el elemento culpabilístico necesario para sancionar en el caso.

Y, con carácter estrictamente subsidiario, alega la falta de proporcionalidad de la sanción de quince millones de euros. [...]" (fundamento jurídico 8)

De la lectura del texto transcrito se desprende que, efectivamente y pese a la referencia a la alegación sobre culpabilidad, la Sentencia se limita a recoger la queja de la recurrente, pero no responde a la misma. Ello supone que hay que estimar el motivo y casar y anular la Sentencia recurrida, puesto que la alegación afecta a un elemento esencial de la conducta infractora y, de ser acogida, supondría la estimación del recurso contencioso administrativo *a quo* . Resulta ya por ello innecesario el examen de los restantes motivos, tanto del sexto, también por incongruencia omisiva, como respecto de los restantes acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional por infracción de diversas normas y de la jurisprudencia.

TERCERO .- Sobre la demanda contencioso administrativa.

La Sentencia casada recoge las posiciones de las partes en los siguientes términos:

" 3. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse en que no concurren los elementos imprescindibles del tipo infractor.

En concreto alega que la conducta carece de tipicidad y antijuridicidad (la negativa a facilitar un acceso masivo e incondicionado al SIPS a CENTRICA en un determinado periodo de tiempo) no es abuso de posición de dominio: porque cumplió con la normativa sectorial eléctrica; porque no estaba obligada ante un supuesto vacío normativo; que el SIPS no es un "recurso esencial" en los términos establecidos jurisprudencialmente y, por tanto su hipotética restricción a su acceso no constituye un abuso de posición de dominio; y, en último término, el comportamiento tenía una justificación objetiva. Niega también la actora la base fáctica respecto de la segunda imputación formulada por la CNC en la Resolución impugnada.

El Abogado del Estado sostiene que, en contra de lo afirmado por la demandante, la conducta sancionada sí supone la explotación de la posición de dominio de la recurrente, no existe una justificación para la conducta en la normativa reguladora de los mercados de la distribución y comercialización de energía eléctrica, y por último no es aplicable la doctrina de las essential facilities porque el SIPS no es un activo propio sino una información que obtiene como consecuencia de su intervención en un mercado como agente económico monopolista y como consecuencia de la regulación de este mercado.

La codemandada en su escrito de conclusiones considera igualmente que no existe justificación objetiva de la conducta de IBERDROLA, que el SIPS no le pertenece a la actora, y por tanto obligarle a permitir el acceso a sus competidores no limita su derecho, y que la conducta de la actora estaba objetivamente dirigida a la



exclusión de la competencia en perjuicio de los consumidores; siendo inoperantes los argumentos relativos a que la conducta no entraña beneficio alguno para IBERDROLA o que la tasa de fidelidad al comercializador de su grupo no es tan elevada como para que la negativa de acceso al SIPS haya podido producir efecto. Considera, en definitiva, que la conducta imputada por la CNC estaba objetivamente dirigida a la exclusión de la competencia en perjuicio de los consumidores." (fundamento jurídico 3)

Pues bien, excepto en lo relativo a la incongruencia omisiva que ha determinado la casación de la Sentencia impugnada, esta Sala asume que la respuesta desestimatoria de la Sala de instancia a las referidas alegaciones de la recurrente es conforme a derecho. Así, en cuanto a los hechos probados y al carácter antijurídico de la conducta sancionada, asumimos la respuesta dada en la Sentencia casada. En ella se aceptan los hechos declarados probados en la resolución sancionadora y se califica la conducta de la empresa recurrente como contraria al artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y al artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea en los siguientes términos:

" 5. La resolución impugnada declara responsable a la actora de una conducta abusiva que consistía en negar el acceso a los comercializadores eléctricos al sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) del que legalmente están obligadas a disponer y permitir el acceso incondicionado.

El hecho de que la recurrente ostenta una posición de dominio en el mercado se establece dentro de los hechos probados y se acepta por la Administración autora del acto impugnado, por la propia interesada y por la codemandada antes denunciante que IBERDROLA tiene posición de dominio en el mercado relevante.

La resolución impugnada considera que la conducta de IBERDROLA fue abusiva al denegar el acceso efectivo a una información que según la normativa de aplicación es necesaria para acceder y competir en el mercado descendente; y dicha conducta es considerada apta para eliminar la competencia efectiva en ese mercado descendente con perjuicio de los consumidores y sin justificación objetiva de la misma. Considera la Administración que para que se desarrolle la competencia en los mercados estudiados es indispensable el acceso efectivo a las redes; que la conducta ha tenido efectos de exclusión, tanto inmediatamente como a corto plazo, señalando, con cita de resoluciones de la Comisión Europea, que al obstaculizar el acceso a la información se elevan los costes de entrada y de desarrollo en un mercado en proceso de liberalización incipiente, se reduce el abanico de ofertas que los clientes pueden recibir, con la consiguiente afectación negativa de los costes de transacción y de la oferta que puede presentar al cliente.

La actora sostiene en primer lugar que la conducta llevada a cabo en relación con los hechos litigiosos ha estado siempre justificada objetivamente en la necesidad de dar cumplimiento a la legislación vigente en el momento en que se produjeron los hechos. Sostiene que el art. 7 del R.D. 1435/2002 modificado por el art. 4.5 del R.D. 1454/2005 exige a las empresas distribuidoras dotarse de un sistema informático necesario para permitir la consulta de datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y comercializadores de energía eléctrica, así como facilitar el acceso tanto a clientes como a comercializadores. Pero según la recurrente, dicha normativa no le exigía facilitar el acceso "masivo e incondicional" a la información contenida en el SIPS por parte de los comercializadores, sosteniendo que incluso la prohibía. En resumen: a juicio de la actora, su obligación de confidencialidad era superior a su obligación de dar acceso al SIPS a las comercializadoras.

Se parte por tanto de la base de que la conducta tuvo lugar, pero que estaba justificada: sobre la libre competencia, y la eficiencia en la distribución eléctrica primaría una supuesta protección de los datos de los consumidores de la luz.

Es evidente a juicio de esta Sala que no era esta la finalidad de la conducta de la actora: como señala el Abogado del Estado en su escrito de conclusiones " *tanto la letra como el espíritu de dicha normativa tiene por objeto promover la competencia en el mercado de la comercialización y evitar que se traslade el monopolio de la distribución siendo el medio elegido para conseguirlo la imposición de la obligación a los distribuidores de ceder de manera masiva e incondicionada los SIPS a los comercializadores que lo soliciten* ".

En segundo lugar, y como recuerda la codemandada, su alegación no concuerda con la circunstancia de que si los comercializadores aportaban el CUPS de los posibles clientes, sí estaban dispuestos a proporcionar el acceso al SIPS, no apareciendo justificación alguna de por qué razón en tal caso no se apreciaba esa necesidad de proteger los datos personales. Ni guarda proporcionalidad con la circunstancia de que la exigencia de aportar el CUPS se aplicase igualmente respecto de las personas jurídicas, cuyos datos no están protegidos como los de las personas físicas.

La Agencia de Protección de Datos en su informe, mencionado y parcialmente reproducido en el fundamento jurídico cuarto anterior señala que conforme al artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999 , son los arts. 41 y 44 de la Ley 54/1997 , los que legalmente habilitan para la cesión de los datos.



En todo caso, solo durante los tres meses que tuvo efecto la suspensión acordada por la Sala de la D.A. 3ª de la Orden ITC 3860/2007 de 28 de diciembre existía duda sobre la conformidad con la ley de protección de datos de la D.A. que fue la disposición cuya ejecución se suspendió exclusivamente.

Debe por lo tanto desestimarse este motivo de impugnación.

6. Alega igualmente la recurrente que la conducta no es abusiva porque el acceso al SIPS de IBERDROLA no es un input necesario para que las comercializadoras puedan desarrollar su actividad en el mercado nacional de suministro de energía eléctrica.

Es preciso recordar como regula el SIPS el art. 7 del R.D. 1435/2002, reproducido en el fundamento jurídico cuarto y la resolución impugnada concreta con claridad por qué si es necesario: *" el acceso a esta información es esencial para el fomento de la competencia efectiva en el mercado liberalizado, ya que 1) facilita la elaboración de ofertas adecuadas a las condiciones de los clientes y 2) reduce los costes de cambio de suministrador "* y por qué de hecho la imposibilidad de acceder a estos datos conlleva una distorsión de la competencia en los mercados liberalizados: *" las comercializadoras han tenido que recurrir a vías alternativas más costosas y menos eficaces para conseguir esa información, lo que ha facilitado la continuidad del status quo existente en el mercado eléctrico. "*

Como concreta la codemandada, la negativa de acceso al SIPS es equivalente a una negativa de suministro de información esencial para estructurar ofertas comerciales de suministro minorista de electricidad, con la consecuencia de que el consumidor final se perjudica por la inexistencia de opciones. La normativa que crea el SIPS señala con claridad que el sistema se instaura para *" homogeneizar las condiciones de contratación en el mercado libre y regulado en los siguientes aspectos concretos para evitar así obstáculos al paso de clientes del mercado regulado al mercado libre "* (exposición de motivos del R.D. 1454/2005). Ya en el R.D. 1435/2002 se indicaba que *" Existe, por tanto, un bloque regulatorio comprensivo de los diferentes aspectos que afectan al suministro, de las obligaciones y derechos de los agentes y de las relaciones entre los mismos. No obstante, resulta evidente que un incremento tan importante en la liberalización del suministro eléctrico, permitiendo que todos los consumidores de energía eléctrica puedan escoger suministrador, sólo es posible si se basa en sistemas que garanticen la adecuada protección del consumidor, minimicen la carga de trabajo de éste, estandaricen la información a transmitir y los medios por los que se remite y asignen adecuadamente los costes que ocasionan los suministros "*.

No cabe duda por tanto de que el acceso al SIPS por las comercializadoras es esencial para poder competir en el mercado de suministro de energía eléctrica.

Por otra parte, como igualmente recuerdan tanto el Abogado del Estado como la Codemandada, no es de aplicación al caso la doctrina de las *" essential facilities "* porque el SIPS no es un activo propio de IBERDROLA, sino que se trata de una información de la que dispone por su situación en el mercado de la distribución y como consecuencia del paso de una situación de monopolio a un mercado liberalizado. Por lo tanto no es predicable de este supuesto la exigencia de que el acceso al SIPS fuera indispensable para CENTRICA, no obstante lo cual hay que recordar algunas consideraciones que ha hecho al respecto la jurisprudencia comunitaria: aparece la obligación de dar acceso a un bien o servicio cuando el efecto de la negativa sobre la competencia tiene objetivamente trascendencia; en otras palabras, debe darse el acceso solicitado si se comprueba que la falta del mismo constituye en la práctica una limitación seria, permanente, para la actuación del competidor, limitación que convierte sus opciones en prácticamente inexistentes desde el punto de vista económico. Tales condiciones y efectos han quedado claramente establecidos y probados en el expediente litigioso.

Debe en consecuencia desestimarse igualmente este motivo de recurso.

7. No obstante reconocer que para que exista abuso de posición dominante basta que una conducta tenga la capacidad de producir efectos en el mercado, se alega que la conducta no ha producido efectos restrictivos en el mercado de comercialización de energía eléctrica.

La resolución impugnada detalla por qué el obstaculizar el acceso al SIPS puede tener efectos en el mercado de suministro de electricidad, sobre todo para los pequeños clientes:

"La exigencia de suministrar el CUPS supone costes que el mercado tiene que asumir, como son los costes directos (costes de localización de clientes, costes de obtención de determinados datos requeridos por el distribuidor y costes de los procedimientos de solicitud de acceso al SIPS), una menor eficacia (no sabe ex ante a que consumidores le es más rentable dirigirse para obtener información y con la información que obtiene no permite hacer ofertas a grupos de clientes a o a zonas territoriales) y un mayor riesgo (costes indirectos derivados de conductas que ponen en duda la neutralidad de la distribuidora hacia los diferentes comercializadores e implican un mayor riesgo). Todo ello origina barreras a la entrada de comercializador en el



mercado y reduce la competencia en beneficio de las comercializadoras de los grupos ya instalados, que son compañías verticalmente integradas."

Como pone de relieve el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, aunque el mercado de suministro de energía eléctrica a clientes finales pequeños consumidores tenga carácter nacional, porque se pueden hacer ofertas de ese carácter por cualquier suministrador, es lo cierto que, en este caso, la conducta de la empresa sancionada, aun teniendo una cuota de mercado nacional de comercialización no relevante; es apta para dar lugar a un abuso de posición de dominio prohibido por la LDC. En efecto, el supuesto enjuiciado en este recurso se encuentra especialmente condicionado por la existencia de la integración vertical del distribuidor y el comercializador y porque el primero en la zona de su red tiene monopolio natural. De este modo la incidencia de la conducta consistente en obstaculizar la entrada de comercializadoras en la zona en la que el distribuidor tiene una posición de monopolio tiene una especial trascendencia porque produce la compartimentación del mercado e impide que las comercializadoras no integradas verticalmente con la empresa distribuidora puedan tener éxito en la captación de clientes mediante ofertas masivas.

Y, en definitiva, ni con este ni con ningún otro argumento la actora ha desvirtuado las consideraciones realizadas por la CNC - idénticas, por lo demás a las referidas a las otras distribuidoras sancionadas ya ratificadas por esta Sala.- respecto al impacto de su conducta en la red de distribución que controla, y aun reconociendo la existencia de competencia con las otras comercializadoras, los consumidores se han visto privados de posibilidades de poder elegir entre ofertas de diversas comercializadoras sobre la base del SIPS con el consiguiente aumento de los costes de acceso a las comercializadoras y, en consecuencia, menor competencia en el mercado.

Por todo ello la Sala siguiendo los razonamientos contenidos en las sentencias que han examinado idénticas conductas seguidas por otras distribuidoras, y en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley hemos de ratificar la Resolución impugnada cuando considera acreditada la infracción del art 6 LDC y art. 82 TCE , por abuso de posición de dominio en el mercado de la distribución eléctrica que afecta al mercado de suministro, consistentes en una negativa de acceso incondicionado y masivo al SIPS en poder de Iberdrola Distribución, además de un trato discriminatorio que ha favorecido de modo antijurídico a la comercializadora del grupo, Iberdrola, S.A. facilitándole una gran cantidad de información comercial, que a su vez negaba al resto de comercializadoras y que le permitía mantener una evidente ventaja competitiva." (fundamentos jurídicos 5 a 7)

Por lo demás, esta Sala ha ratificado en supuestos precedentes análogos la conformidad a derecho de la respuesta que se acaba de recoger, que asumimos también en el presente caso. Así, en cuanto a la tipicidad de la conducta y otras alegaciones conexas, en la Sentencia de 25 de noviembre de 2.013 -RC 4663/2.010 - hemos dicho ya:

" **Quinto.-** En efecto, el primer motivo casacional se apoya en la supuesta justificación de la conducta de la empresa distribuidora, en cuanto con ella no habría sino dado cumplimiento al deber legal de mantener los datos confidenciales de sus clientes, tal como deriva del artículo 41 de la Ley del Sector Eléctrico . Sostiene "E.ON Distribución, S.L." que dicho artículo sólo le obligaba a ceder los datos a la Administración, no al resto de las empresas del sector, y que el respeto del mandato legal no podía ser cuestionado sobre la base de la modificación del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 , operada por virtud del Real Decreto 1454/2005 (esto es, el precepto reglamentario que, tras su reforma en el año 2005, reconocía de modo expreso el derecho de los comercializadores a acceder a los datos del SIPS).

Tampoco esta alegación puede ser acogida. De hecho, esta Sala ya ha tenido la ocasión de rechazar planteamientos argumentales análogos cuando fueron formulados por una empresa distribuidora -en aquel caso de gas- para impugnar la disposición general (Real Decreto 1011/2009) que, al regular la oficina de cambios de suministrador para los sectores eléctrico y gasista, contempla la cesión de datos en términos similares. Manifestamos en nuestra sentencia de 9 de diciembre de

2010, al desestimar el recurso directo número 94/2009, lo siguiente:

"[...] La pretensión de nulidad de la disposición final segunda del Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio , por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador, que modifica el artículo 43 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre , por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, que se sustenta en la argumentación de que la obligación impuesta a las empresas distribuidoras de garantizar el acceso a las bases de datos de puntos de suministro a las empresas comercializadoras vulnera el artículo 18 de la Constitución y el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , en cuanto que no requiere el consentimiento previo del titular del punto de suministro, debe ser rechazada. Consideramos que la cesión de datos deriva del artículo 83 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre,



del Sector de Hidrocarburos , adicionado por la Ley 12/2007, de 2 de julio, que regula la Oficina de Cambios de Suministrador, previendo el acceso a las bases de datos de consumidores y puntos de suministro de gas y electricidad, que cumple las exigencias previstas en el artículo 11.2 a) de la mencionada Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, teniendo en cuenta que la información suministrada es acorde con los fines legítimos de interés público de promover el desarrollo y funcionamiento del mercado de suministro de gas en condiciones de competencia efectiva y garantizar el derecho de los consumidores a la libre elección del suministrador que debe prestar el servicio, que la justifican, y preserva la confidencialidad de la información y garantiza la facultad del interesado consumidor a prohibir su difusión.

En efecto, como se sostiene en el Informe emitido por la Agencia Española de Protección de Datos de 17 de enero de 2008, que consta en el expediente de elaboración de la norma reglamentaria enjuiciada, el acceso por parte de las empresas comercializadoras de energía eléctrica y, por ende, a las comercializadoras de gas natural, a los datos contenidos en el sistema de información de puntos de suministro sin contar con el consentimiento del afectado, no resulta contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, siempre que los comercializadores utilicen los datos para las finalidades que justificaron la cesión y en la medida en que se excluya la cesión de datos de aquellos consumidores que hubieran manifestado por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores, lo que, expresamente, se garantiza, siguiendo las observaciones del Dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 9 de junio de 2009, en el apartado 5 del artículo 43 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre , en la redacción modificada por el Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio impugnado".

Bajo estas mismas premisas las alegaciones de "E.ON Distribución, S.L." expuestas en esa parte del primer motivo deben ser rechazadas. La Sala de instancia no incurre en el "defectuoso tratamiento de la prohibición de cesión de datos personales" que le imputa la sociedad recurrente cuando se limita a aplicar la norma vigente en el momento de los hechos. La reforma del artículo 7 del Decreto 1435/2002 que llevó a cabo el Real Decreto 1454/2005 claramente disponía que las empresas distribuidoras no sólo debían dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitieran la consulta de datos del registro de puntos de suministro (y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y los comercializadores de energía eléctrica), sino que reconocía el derecho de estos últimos a acceder gratuitamente a los datos contenidos en el citado registro. El reconocimiento del derecho de acceso de los comercializadores no podía ser puesto en entredicho por las distribuidoras mediante exigencias que - como en este caso ocurrió- hacían inviable, o muy difícilmente viable, su ejercicio.

Desde ese momento, pues, al menos, la recurrente no podía aducir como justificación válida de su conducta obstructiva una razón que contradecía la norma aplicable a la consulta de los datos registrados, norma entonces (2005) vigente que, por lo demás no incurría en contradicción con el artículo 41 de la Ley del Sector Eléctrico . El apartado de este último precepto (ha ido variando de número y letra en función de los cambios de la propia Ley 54/997) en cuya virtud las distribuidoras deben preservar el carácter confidencial de la información que conozcan en el desempeño de su actividad cuando de su divulgación puedan derivarse problemas de "índole comercial", dicho apartado, decimos, no impide la aplicación de una expresa norma reglamentaria que, en aras de la preservación de otros preceptos de la misma ley favorecedores de la liberalización del suministro de energía bajo condiciones de concurrencia, regula de modo específico el obligado intercambio de información. Y mucho menos se oponía el Real Decreto 1454/2005 al apartado del artículo 41 de la Ley del Sector Eléctrico en la parte de éste que se refiere a las relaciones de las distribuidoras con la Administración.

A *fortiori* , el derecho de los comercializadores de acceder a los referidos datos sería más tarde refrendado por la Ley 17/2007, de 4 de julio, que modificó el artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico , así como por la Disposición adicional tercera de la Orden ITC/3860/2007, ulteriormente derogada por el Real Decreto 1011/2009 (antes citado y declarado válido en nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2010) cuya Disposición final segunda da, a su vez, nueva redacción a los apartados 2 a 7 del artículo 43 del Real Decreto 1434/2002 . El hecho de que parte de la Disposición adicional tercera de la Orden ITC/3860/2007 fuese objeto de una -limitada en el tiempo y matizada en su contenido- suspensión cautelar (auto de la Sala de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2008 , dejado sin efecto por auto de la misma Sala de 12 de mayo siguiente) en nada afecta a la subsistencia del derecho de los comercializadores a acceder a los datos, derecho que venía ya reconocido tanto por el Real Decreto 1454/2005 como, ulteriormente, por la modificación que la Ley 17/2007 introdujo en el artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico , para los períodos respectivos.

En suma, el régimen legal y reglamentario aplicable a la conducta de las empresas distribuidoras durante el período de tiempo al que se contraen los procedimientos sancionadores no podía ser incumplido apelando a una inexistente justificación derivada del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de carácter personal, o del artículo 41 de la Ley del Sector Eléctrico .



Sexto.- En el segundo motivo casacional, también formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "E.ON Distribución, S.L." denuncia nuevamente la infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, esta vez "por indebida calificación como abuso de posición de dominio". Su muy escueto contenido -en comparación con el precedente- se limita a afirmar, como primer argumento, que "no hay abuso si el acceso incondicionado al SIPS de EVD no era necesario para que las comercializadoras pudieran desarrollar su actividad en el mercado relevante, el nacional de suministro de energía eléctrica ni su carencia altera la competencia en el mercado nacional relevante"; y en segundo lugar que "la conducta de EVD no tiene capacidad para producir efectos restrictivos en el mercado relevante nacional de suministro de energía eléctrica". Ambos argumentos fueron razonada -y acertadamente- desestimados por la Sala de instancia en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de su sentencia, en los términos que anteriormente hemos transcrito.

La primera alegación no tiene suficientemente en cuenta que el "acceso incondicionado al SIPS" era un mecanismo que el poder público había implantado precisamente para fomentar la concurrencia en el sector eléctrico, una vez liberalizado, y facilitar a los nuevos entrantes (los comercializadores de energía) la posibilidad de acceder a ciertos datos de los clientes, hasta entonces en poder de los distribuidores, para hacer sus propias ofertas en competencia y propiciar el paso del mercado regulado al mercado libre.

Si, como en efecto ocurrió, una distribuidora de electricidad que disfruta de la posición de dominio en un mercado geográficamente limitado (el mercado de distribución de energía eléctrica en la red de distribución está organizado en torno a monopolios zonales o regionales) se niega a facilitar a determinados comercializadores datos relevantes a los que estos tienen derecho, y cuya finalidad es precisamente propiciar la apertura del mercado de suministro eléctrico, está abusando de aquella posición privilegiada. Que los datos eran relevantes, tanto más en un primer momento de apertura del mercado, y que la negativa a proporcionarlos constituía para los comercializadores no integrados verticalmente "una limitación seria, permanente, para la actuación del competidor, limitación que convierte sus opciones en prácticamente inexistentes desde el punto de vista económico" es algo que el tribunal de instancia declara como "suficientemente establecido y probado en el expediente litigioso".

En efecto, la conducta de "Viesgo Distribución" dificultaba la entrada y la expansión de nuevos comercializadores al privarles, infundadamente y contra la expresa regulación normativa, del acceso a determinados datos sobre los puntos de suministro y los clientes, datos cuyo conocimiento por aquéllos tendía a favorecer la competencia en el mercado del suministro de energía eléctrica. La información denegada, que obraba en poder de la empresa distribuidora, había sido obtenida por ésta a partir de su situación de monopolio legal, geográficamente limitado, que le permitía disponer de los datos de todos los usuarios de energía eléctrica en su zona, quienes con ella necesariamente debían relacionarse si pretendían tener en sus domicilios energía eléctrica. Precisamente por realizar una actividad regulada, la distribuidora zonal debía, en contrapartida, poner aquellos datos a disposición de los agentes que intervienen en el siguiente escalón del proceso, esto es, de todos los comercializadores, para que éstos pudieran competir entre sí tras tener acceso, en condiciones de igualdad, a la misma información sobre los puntos de suministro.

Séptimo.- La segunda alegación del segundo motivo casacional es igualmente descartable cuando parte de considerar como único mercado relevante el correspondiente a la distribución de energía eléctrica a nivel nacional, para destacar acto seguido que en él la cuota correspondiente a "E.ON Distribución, S.L." (en puridad, a la empresa distribuidora del Grupo Viesgo que operaba en las fechas de referencia) no era superior al dos por ciento.

Es rechazable la alegación porque en realidad desenfoca el punto de partida. El abuso de posición de dominio imputado a la empresa sancionada lo es por haberse aprovechado de su situación de privilegio en la zona geográfica en la que era monopolista con el designio y el resultado de dificultar -en ese concreto espacio territorial, donde los consumidores sólo pueden relacionarse con la distribuidora zonal- la entrada al mercado de la venta de energía eléctrica de una determinada empresa comercializadora, rival de la que con este mismo carácter pertenecía al grupo empresarial de la distribuidora.

El aprovechamiento abusivo de la posición de dominio tiene en este caso no sólo aptitud genérica para provocar efectos restrictivos de la competencia sino consecuencias prácticas, de hecho, perjudiciales para la comercializadora no integrada y, sobre todo, para los usuarios del servicio a los que se priva de recibir las eventuales ofertas provenientes de aquélla. Perjuicios cuyo reverso es el mantenimiento casi inalterado, durante el período de referencia, de las cifras de consumidores finales a los que las empresas del "Grupo Enel Viesgo Energía, S.A." suministraban energía eléctrica, según el relato de hechos que contiene la resolución sancionadora y que el tribunal de instancia da por probados.

Que el abuso de posición de dominio se produzca en un mercado territorialmente más restringido que el nacional, como ocurre en este caso, no significa que sea inexistente. Dado el reparto territorial de las zonas



geográficas para el desarrollo de la actividad regulada de distribución de energía eléctrica, las empresas distribuidoras que operan en cada una de ellas pueden incurrir en la conducta ilícita sancionada si, con actuaciones obstructivas de la concurrencia en detrimento de los nuevos entrantes en el mercado descendente de la comercialización, dificultan que sus clientes (aproximadamente medio millón de usuarios en diversas provincias del Norte de España) puedan beneficiarse de las ofertas comerciales de aquéllos.

Otra cosa es que la dimensión territorialmente reducida del espacio en el que ha tenido lugar el ilícito sea tomada en consideración para ajustar el importe de la multa, por contraste con la mayor extensión geográfica de la conducta de otras distribuidoras que tenían mayor cuota de mercado. Tal circunstancia fue oportunamente valorada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que expresamente la tomó en cuenta para imponer la sanción en cuantía de 500.000 euros (que, afirma, "no llega a la parte alta del límite del 10%") a la vez que se hacía eco de la alegación de Viesgo Distribución en el sentido de que "la conducta analizada afecta fundamentalmente a la comercialización de energía a los clientes de redes de baja tensión y, particularmente, en los clientes domésticos" y "del reducido peso [de dicha empresa] en comparación con otras distribuidoras." (fundamentos de derecho quinto a séptimo)

CUARTO .- Sobre la cesión discriminatoria de datos a Iberdrola.

A lo anterior sólo hemos de añadir una referencia a la conducta infractora consistente en la cesión discriminatoria de datos a Iberdrola, dado que la recurrente aducía en el recurso de casación que la Sentencia casada no había dado respuesta a sus alegaciones al respecto y que no se había acreditado la efectiva comisión de dicha conducta.

En el fundamento de derecho séptimo, *in fine*, de la Sentencia casada, que hemos asumido, si se admitía, si bien sin mayor argumentación, que la compañía recurrente había incurrido en dicha conducta. A este respecto, sólo hemos de señalar que dicha afirmación se apoyaba en las siguientes consideraciones de la resolución sancionadora, que esta Sala considera suficientemente acreditadas mediante las referencias efectuadas a los hechos probados:

" **SEXTO**. En el Informe Propuesta de la Dirección de Investigación también se imputa un abuso de los contemplados en el artículo 6 LDC y del artículo 82 TCE consistente en un trato discriminatorio por parte de Iberdrola Distribución en sus relaciones con diferentes comercializadores. Más concretamente, la DI señala la discriminación de trato sufrida por CENTRICA en relación con Iberdrola, S.A., que es la comercializadora de electricidad del grupo empresarial Iberdrola. Para la DI la práctica discriminatoria de Iberdrola Distribución habría permitido que la comercializadora del grupo, Iberdrola, S.A., consolidara su liderazgo en suministro eléctrico en aquellas zonas de distribución en las que Iberdrola Distribución es el monopolista natural. La DI fundamenta su propuesta de declaración de infracción por discriminación en la existencia de flujos de información comercial entre Iberdrola Distribución e Iberdrola, S.A. que evitarían que la segunda tuviera que incurrir en los costes de comercialización por un acceso restrictivo a la base de datos del SIPS. De este modo, el sistema restrictivo de acceso a los datos SIPS desarrollado por Iberdrola Distribución se habría levantado como una barrera y sobre las bases de una clara asimetría de acceso entre la comercializadora del grupo Iberdrola y el resto de comercializadoras.

El Consejo de la CNC considera que queda probado que Iberdrola Distribución tuvo un trato de favor con la comercializadora del grupo, Iberdrola, S.A., en tanto que, como pone de manifiesto el Hecho Probado 11, Iberdrola Distribución registró un fichero de clientes en la AEPD en 2002 para cuyo tratamiento se designa a Iberdrola, S.A. y establece, además, que dicho fichero contiene datos de carácter identificativos como el NIF, Dirección, Teléfono, Nombre y Apellidos y otro tipo de datos de sus clientes, como circunstancias sociales, información comercial, económicos financieros y de seguros, transacciones. Es decir, una parte o, posiblemente, todos los del SIPS y otros más, de acuerdo con la propia inscripción del fichero en la AEPD. Se señala que serán cedidos o comunicados a IBERDROLA S.A; UNESA; VECTOR M; ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS, AYUNTAMIENTOS. A esto se añade que, como señala la DI en el folio 1871, la denunciada no ha realizado ninguna alegación en relación con lo registrado por Iberdrola Distribución en la AEPD.

Obviando las obligaciones de cesión a las administraciones públicas citadas, llama la atención la actitud de Iberdrola Distribución respecto de los datos de sus clientes, por varios motivos. En primer lugar, porque en esta circunstancia no pareció importarle tanto la protección de datos personales cuando se trataba de cederlos a terceros comercializadores, aunque fueran de su propio grupo. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la importancia que el grupo Iberdrola otorgaba a la existencia de esas bases de datos desde el punto de vista del desarrollo de la comercialización en un entorno de libre mercado, que se aproximaba inexorablemente con la universalización del concepto de consumidor cualificado a partir de 2003. En tercer lugar, porque no reparó en la Ley 54/1997, en aquello referido a la obligación de separación de actividades reguladas y el principio de neutralidad que cabe derivar de su aplicación, y no se preocupó de la distorsión de otros mercados. En



cuarto lugar, porque tampoco tuvo reparos en ceder o comunicar los datos a terceros ajenos al grupo como la asociación empresarial que aglutina a gran parte de los grupos empresariales del sector eléctrico dominados por la integración vertical.

En definitiva, Iberdrola Distribución, a pesar de ser el monopolista natural en sus redes de distribución de electricidad y estar obligado a separar su actividad, en todos sus aspectos, del resto de actividades del sector y, claro está, tener que guardar permanentemente una neutralidad exquisita respecto a los operadores aguas abajo, cede o comunica de modo absolutamente asimétrico e injustificado los datos comerciales más decisivos, que son los que evitan los costes de comercialización a otra empresa de su propio grupo, permitiéndole en la práctica un acceso incondicionado y masivo, y esto no solamente no lo extiende al resto del mercado de suministro, sino que lo obstaculiza estableciendo unas condiciones de acceso que exige una acción comercial previa evidentemente costosa para el resto, que el legislador expresamente ya había intentado eliminar.

El Consejo considera que esta práctica responde a una racionalidad económica antijurídica de un grupo empresarial que persiste, a pesar de las leyes, en mantenerse integrado verticalmente, más allá de la propiedad, desarrollando prácticas exclusorias como la de la negativa de acceso al SIPS, facilitándole al menos una ventaja competitiva a su comercializadora, que de este modo sí hubiera podido tener un acceso masivo a las bases de datos de clientes de la distribuidora, pero que simultáneamente excluyó al resto de comercializadores, con el único argumento de proteger los datos de sus clientes, mientras olvida que sus clientes no son los clientes de la comercializadora del grupo.

La denunciada argumenta que el dominio de la comercializadora Iberdrola, S.A. en el suministro eléctrico en zonas de distribución de Iberdrola Distribución se explica por el esfuerzo comercial realizado, comparativamente muy superior en estas zonas que en el resto del mercado nacional. Además, señala la denunciada una reducción de ventas a grandes y pequeños consumidores en red Iberdrola Distribución, además de una reducción en sus cuotas, muy pronunciada en el caso de grandes clientes (del 63% al 19%) y menos pronunciada en pequeños clientes (77% al 53%). Es decir, una mejora simultánea de comercializadoras rivales, como, por ejemplo, la comercializadora de Endesa o la de Gas Natural.

Sin embargo, este Consejo entiende que el análisis de la denunciada no tiene en cuenta otros elementos. Por ejemplo, alguna comercializadora como Gas Natural - algo parecido se podría decir de Endesa-, con capacidad para recabar información comercial de clientes por otros medios, dada su posición privilegiada en la distribución y comercialización de gas, en función de las zonas y con el fin de desarrollar sus ofertas duales, es la que pudiera competir en red de Iberdrola. Pero estos hechos son la excepción y no agotan las cuestiones de fondo de este expediente, en la medida en que la comercialización en general y la independiente en particular no parten de esa posición de privilegio.

Por otro lado, lo que la denunciada llama explicación alternativa a la valoración realizada por la DI, basada en el esfuerzo comercial de la comercializadora del grupo y en relación con la discriminación y la actuación comercial de Iberdrola, S.A. en red de Iberdrola Distribución, pone de manifiesto únicamente que allí donde la comercializadora del grupo Iberdrola pudo utilizar una información de un modo privilegiado frente al resto de competidores, es donde ha volcado su actividad comercial. Sin embargo, lo que se ventila aquí son los incentivos a ese esfuerzo asimétrico. Hay un incentivo al esfuerzo comercial por parte de Iberdrola S.A. en la zona de distribución de Iberdrola Distribución, pero pudiera ser que la ventaja no trae causa en el esfuerzo, sino por el contrario, que pudiera ser el modo en el que ha conseguido Iberdrola, S.A. esa ventaja, porque el acceso a esa información fue probable (Hecho Probado 12 en este Expediente) y anterior incluso a ese mismo esfuerzo comercial. Es decir, pudo haber un acceso franco y masivo a información comercial sensible, entre ella la del SIPS, por parte de la comercializadora del grupo y porque el archivo de clientes que registró Iberdrola Distribución en la AEPD la hizo partícipe de su gestión del, eliminando en todo caso la posibilidad de que el resto de competidores en suministro puedan acceder a ella.

En segundo lugar, se observa de manera pormenorizada en el Fundamento Primero de esta Resolución y también en las páginas 963 y siguientes del Expediente de instrucción, que la CNE informó acerca de la evolución del mercado de comercialización. En esos datos se pone de manifiesto un cambio importante en el volumen del mercado liberalizado de suministro de electricidad en 2006. Por ejemplo, la cuota del conjunto de comercializadores -folio 963- en relación con el total de mercado de suministro -liberalizado y tarifa- cae al 25%, cuando estaba en el 38% en 2005. En el caso concreto de Iberdrola, la pérdida de mercado liberalizado -folios 962 y 963- se hace a favor de un considerable incremento -más del 40%- de su mercado a tarifa. En definitiva, la transferencia de clientes queda dentro del grupo y no sale sustantivamente hacia terceros comercializadores del mercado liberalizado. En este sentido, la denunciada insiste en atribuir una política comercializadora más activa a terceros agentes, que serían los que habrían captado parte de su cuota. Sin embargo, ni las cifras agregadas hablan de tal trasvase ni el total de energía vendida por ellos pone de manifiesto de forma clara esta



circunstancia, en la que habría que distinguir la captación de grandes clientes de la de pequeños clientes y, por otro lado, no olvidar que estas comercializadoras no son comercializadoras europeas independientes, como el caso de CENTRICA, sino que se trata de comercializadoras con otros negocios en comercialización energética, en concreto en gas, que les permite replicar con un menor coste comercial los datos críticos comerciales de los clientes." (fundamento de derecho sexto)

QUINTO .- Sobre la culpabilidad.

Como hemos visto, la falta de respuesta a la alegación sobre el elemento subjetivo de la conducta infractora determinó la casación de la Sentencia de instancia. Pues bien, a este respecto hemos de reiterar lo indicado en otros recursos contra la misma resolución sancionadora formulados por otras compañías, y que ya se ha reproducido en el fundamento de derecho tercero de esta Sentencia (fundamento de derecho quinto de la Sentencia de 25 de noviembre de 2.013).

En el presente caso, es claro que la conducta se extendió a momentos posteriores a aquellos en que hemos determinado que no podía alegarse ninguna duda razonable sobre la antijuridicidad de la actuación de la mercantil recurrente.

SEXTO .- Sobre la proporcionalidad de la sanción impuesta.

En lo que respecta a la proporcionalidad de la sanción, la resolución sancionadora razona del siguiente modo:

" **OCTAVO**. La acreditada comisión de un ilícito de los contemplados en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, permite al Consejo de la CNC imponer sanciones, cuya regulación se establece en la Sección segunda del Capítulo I del Título I de la citada ley. En lo relativo a multas sancionadoras, el artículo 10 LDC prevé que aquellos agentes económicos que infrinjan los artículos 1 , 6 y 7 de la Ley 16/1989 podrán ser sancionados por el TDC con multas de hasta 901.518,16 euros, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. En ese mismo artículo se señala que para la fijación de la cuantía final de la sanción habrá que tener en cuenta la modalidad y el alcance de la restricción, la dimensión del mercado afectado, la cuota de la empresa sancionada, así como los efectos. Del mismo modo y en lo relativo a las intimaciones, el artículo 9 LDC establece que aquellos agentes que realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el TDC para que cesen en las mismas.

En atención a ello, el Consejo de la CNC considera que las dos conductas imputadas a Iberdrola Distribución han quedado acreditadas y que infringen el artículo 6 LDC y el artículo 82 TCE , por abuso de posición de dominio en el mercado de la distribución eléctrica que afecta al mercado de suministro, consistentes en una negativa de acceso incondicionado y masivo al SIPS en poder de Iberdrola Distribución, además de un trato discriminatorio que ha favorecido de modo antijurídico a la comercializadora del grupo, Iberdrola, S.A. facilitándole una gran cantidad de información comercial, que a su vez negaba al resto de comercializadoras y que le permitía mantener una evidente ventaja competitiva en las redes de distribución de Iberdrola. Por lo tanto, corresponde a este Consejo imponer una sanción de acuerdo con la gravedad de las mismas.

En este caso, no se puede ni se debe soslayar que el mercado afectado por las conductas de Iberdrola Distribución es el de un mercado en proceso de liberalización, en el que las autoridades españolas y comunitarias han puesto un especial énfasis por introducir o intensificar la competencia. Por otro lado, hay que señalar que la denunciada ha mantenido una cuota superior al 30% en unos mercados en los que el bien suministrado es de uso general para las actividades económicas del resto de la economía y su utilización se puede considerar de carácter general y básico por parte de los consumidores finales. Además, ha quedado suficientemente probado que la distribuidora ha desarrollado unas prácticas claramente anticompetitivas, a partir de una posición de monopolio natural en sus propias redes de distribución, con la finalidad de impedir la competencia efectiva en el mercado de comercialización de electricidad, frenando el desarrollo del suministro liberalizado e impidiendo con ello ganancias de eficiencia y de productividad, tan importantes para el crecimiento de la economía española en su conjunto.

Finalmente, el Consejo considera que estas prácticas se han extendido en el tiempo, en contra de una normativa liberalizadora que obligaba a la distribuidora a mantener un acceso al SIPS incondicionado y con medios telemáticos perfectamente actualizados, al menos desde la reforma del artículo 7 de Real Decreto 1435/2002 en 2005 , mediante Real Decreto 1454/2005. Por otra parte, no le impidió favorecer a la comercializadora del grupo de forma discriminatoria desde 2002, facilitándole una información comercial que rompía con la neutralidad que debería haber observado frente a todos los operadores comercializadores. No obstante, desde el punto de vista de los efectos, el Consejo tiene que tener en cuenta que otras circunstancias también han incidido negativamente en el desarrollo de la comercialización de electricidad en el mercado liberalizado, como por ejemplo la del llamado déficit de tarifa. Del mismo modo, considera que este tipo de prácticas tiene



fundamentalmente efectos muy negativos sobre aquellos consumidores finales de electricidad, especialmente los domésticos, para los que no se justifica incurrir en ciertos costes de comercialización en razón de su nivel de consumo y que, por lo tanto, ven reducida su libertad de elección al no poder acceder esos comercializadores al mercado de suministro.

Por otra parte y en relación con el artículo 9 LDC, el Consejo considera necesario subrayar que la denunciada debe evitar en el futuro cualquier acción que invite a desarrollar prácticas que distorsionen o puedan distorsionar el acceso por parte de los comercializadores de electricidad a los datos contenidos en los sistemas de información de puntos de suministros o aquellos otros que el legislador o el regulador establezcan para favorecer o promover la competencia en el mercado de suministro eléctrico en España.

En definitiva, por todas las razones expuestas en este y precedentes Fundamentos, dado el volumen de electricidad distribuida a través de las redes de Iberdrola Distribución y dada la distorsión producida por estas prácticas de la denunciada en los mercados de suministro de electricidad, este Consejo considera que debe imponer una sanción de quince millones de euros (15.000.000 ?) a Iberdrola Distribución, S.A.U." (fundamento de derecho octavo)

Esta Sala considera, al igual que lo hizo la Audiencia Nacional, que la gradación de la sanción impuesta en virtud de los razonamientos expresados es adecuada y proporcionada a la gravedad de la conducta infractora. Es de añadir tan sólo que no pueden admitirse los argumentos contrarios manifestados por la recurrente en el motivo de casación octavo, en el que criticaba dicha gradación sobre la base de discrepar de que la conducta sancionada tuviese realmente efectos anticompetitivos, argumento que ya ha sido rechazado en los fundamentos anteriores. En lo que demás, la resolución sancionadora justifica sobradamente las razones que le llevan a imponer una multa que entra dentro de los límites legales y que no puede considerarse excesiva para la relevancia de la conducta sancionada, aunque la parte muestre una discrepancia legítima pero que refleja tan sólo su criterio al respecto.

SÉPTIMO .- Conclusión y costas.

De conformidad con lo expuesto en el fundamento de derecho segundo, ha lugar al recurso de casación, por lo que procede casar y anular la Sentencia recurrida. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 95.2.c) de la Ley de la Jurisdicción, al deberse la casación de la Sentencia recurrida a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia y por las razones vistas en los fundamentos de derecho tercero a sexto, desestimamos el recurso contencioso administrativo entablado por Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2.009 por la que se resolvía el expediente 644/08.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no procede la imposición de costas ni en la instancia ni en casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. contra la sentencia de 17 de mayo de 2.012 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 171/2.009, sentencia que casamos y anulamos.

2. Que DESESTIMAMOS el mencionado recurso contencioso- administrativo, interpuesto por Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de abril de 2.009 por la que se resolvía el expediente 644/08.

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso- administrativo ni de las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Pedro José Yagüe Gil.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-María Isabel Perelló Doménech.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.- Firmado.-