



Roj: **SJM M 74/2012 - ECLI:ES:JMM:2012:74**

Id Cendoj: **28079470042012100002**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **02/01/2012**

Nº de Recurso: **106/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **MIGUEL ANGEL ROMAN GRANDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO MERCANTIL Nº 4 BIS MADRID

JUICIO ORDINARIO 106/2010

DTE.- CENTRICA ENERGIA SLU (cambiada la denominación social por la de ENERGYA VM GESTION DE ENERGIA SL SOCIEDAD UNIPERSONAL)

Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén

DDO.- UNION FENOSA DISTRIBUCION SA

Procurador Don Luis Fernando Alvarez Wiese

SENTENCIA

En Madrid, a 2 de enero de dos mil doce.

Vistos por mí, Don Miguel Ángel Román Grande, Juez del Juzgado de lo Mercantil número 4 bis de Madrid, los presentes autos de Juicio Ordinario número 106/2010, seguidos a instancia del Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de CENTRICA ENERGIA SLU (cambiada la denominación social durante la tramitación por la de ENERGYA VM GESTION DE ENERGIA SL SOCIEDAD UNIPERSONAL), contra UNION FENOSA DISTRIBUCION SA, representada por el Procurador Don Luis Fernando Alvarez Wiese, sobre COMPETENCIA, RECLAMACION DE CANTIDAD.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de CENTRICA ENERGIA SLU, se presentó escrito de demanda de Juicio ordinario en el que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y aquí se dan por reproducidos en aras a la mayor brevedad, terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que se hagan los siguientes pronunciamientos: a) *Que se declare que la negativa de UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN SA a la entrega de la información contenida en los SIPS a la actora constituye e integra un abuso de posición de dominio contrario a los artículos 2 LDC y 102 TFUE (antes, artículos 6 antigua LDC y 82 Tratado CE) y de cuya conducta se han derivado daños y perjuicios para mi representada;* b) *Que se condene a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN SA a indemnizar a la actora en la cantidad de dos millones seiscientos treinta y tres mil ochocientos veintiséis euros con treinta y tres céntimos de euro (2.633.826,33 €) por los daños y perjuicios causados, de acuerdo con los criterios establecidos en el Informe Pericial emitido por Don Ernesto , de la consultora AUREN CENTRO AUDITORES Y CONSULTORES SL, y que se aporta como documento número 16 de este escrito, y por los honorarios devengados por los servicios legales destinados a la obtención del SIPS;* c) *Que se proceda a la imposición, a tenor de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de los intereses legales devengados desde la interposición de la presente demanda, incrementándose en dos puntos;* d) *Que se proceda a la plena y expresa imposición de las costas devengadas en esta litis a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN SA, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la precitada ley procedimental civil (sic).*



Turnada y registrada entre las de su clase que fue la anterior demanda, su conocimiento correspondió a este Juzgado.

SEGUNDO.- Por auto de 22-42-2010 se admitió a trámite la demanda, acordando su sustanciación por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el Juicio Ordinario, acordándose igualmente dar traslado de la demanda a la parte contraria, emplazándole para que la contestara en el plazo de veinte días, con advertencia de que si no lo hacía en el término señalado, sería declarada en rebeldía.

TERCERO.- Emplazado el demandado UNION FENOSA DISTRIBUCION SA SOCIEDAD UNIPERSONAL para contestar a la demanda, éste se personó en tiempo y forma, contestando a la demanda, oponiéndose a la misma, invocando la excepción de prescripción de la acción de daños derivada de un eventual abuso de posición dominante, así como una oposición de fondo, según es de ver en su escrito de 28-5-10, que aquí se da por reproducido a fin de evitar reiteraciones innecesarias, señalándose por providencia de 17-6-10 la audiencia previa para el 8-2-2011.

CUARTO.- Con anterioridad a la audiencia previa, el 28-1-11, la demandada aportó informe pericial anunciado en la contestación, que se unió a los autos el 4-2.

QUINTO.- El día señalado se celebró la audiencia previa, acto al que asistió la parte actora, así como el demandado, ratificando ambos sus escritos iniciales, oponiéndose el demandado a la excepción invocada según argumentos que desarrollaría en conclusiones, alegándose por ambas partes hechos nuevos, poniéndose de manifiesto el cambio en la denominación social de la actora por acuerdo de fecha de 4-11-10, siendo la actual ENERGYA VM GESTION DE ENERGIA SL SOCIEDAD UNIPERSONAL, así como la fusión, por acuerdo inscrito en el Registro Mercantil el 31-12-10, de la sociedad UNION FENOSA DISTRIBUCION SA SOCIEDAD UNIPERSONAL con GAS NATURAL DISTRIBUCION ELECTRICA SA y con HIDROELECTRICA NUESTRA SEÑORA DE LA SOLEDAD DE TENDILLA Y LUPIANA SL SOCIEDAD UNIPERSONAL, mediante la absorción de la demandada y esta última sociedad por la segunda mercantil mentada, GAS NATURAL DISTRIBUCION ELECTRICA SA, modificándose la denominación social de la absorbente por la de UNION FENOSA DISTRIBUCION SA, teniéndose por tanto a ésta como demandada en este pleito. En dicho acto la actora fijó los hechos objeto de litigio, de acuerdo con el art. 428 de la Ley procesal, igual que el demandado, solicitando el recibimiento a prueba, proponiendo ambas partes la documental unida a sus escritos iniciales, añadiendo la aportación de documentos en el acto, solicitándose igualmente interrogatorio, testifical y pericial, que se admitieron por pertinentes y útiles, por lo que a continuación se señaló para juicio el 19-5-2011. El desarrollo del acto quedó grabado en CD que aquí se da por reproducido.

SEXTO.- A instancia de la parte actora, se pospuso el juicio para el 2-6-2011, por las razones que son de ver en autos.

SEPTIMO.- Mediante escrito de 18-5 la parte actora renunció a la prueba testifical propuesta.

OCTAVO.- El día señalado tendría lugar el acto del juicio, aportándose por la actora nueva documental, que se admitió, practicándose luego las pruebas admitidas, todo lo cual consta en el CD donde se grabó el acto del juicio, que aquí se da por reproducido en aras a la brevedad, formulando ambas partes sus conclusiones, quedando luego conclusos los autos para sentencia.

NOVENO.- La parte actora aportó con fecha de 17-6-2011 determinada documentación al amparo del art. 271.2 LEC, oponiéndose la demandada mediante escrito de 22-6-11, por lo que se unieron ambos escritos por diligencia de ordenación de 6-7-2011 pasándose para sentencia.

DECIMO.- En la tramitación de las actuaciones se han observado las prescripciones legales, salvo en lo relativo al plazo para dictar sentencia, dada la complejidad de las actuaciones derivadas de la extensión de los escritos iniciales, así como la pendencia de asuntos de preferente tramitación ante este Juzgador, al haber sido designado el 1-4-11 como refuerzo de otro Juzgado de lo Mercantil, nº 2 de Madrid, además de reforzar al Juzgado donde se han tramitado estos autos, todo ello con el consiguiente incremento de la carga de trabajo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora del presente pleito, CENTRICA ENERGIA SLU, que cambió su denominación social por la de ENERGYA VM GESTION DE ENERGIA SL SOCIEDAD UNIPERSONAL, por acuerdo de 4-11-10, que consta en documento 1 de la actora aportado en la audiencia previa, solicita en este proceso que se hagan los siguientes pronunciamientos:

a) *Que se declare que la negativa de UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN SA a la entrega de la información contenida en los SIPS a la actora constituye e integra un abuso de posición de dominio contrario a los artículos 2 LDC y 102*



TFUE (antes, artículos 6 antigua LDC y 82 Tratado CE) y de cuya conducta se han derivado daños y perjuicios para mi representada;

b) Que se condene a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN SA a indemnizar a la actora en la cantidad de dos millones seiscientos treinta y tres mil ochocientos veintiséis euros con treinta y tres céntimos de euro (2.633.826,33 €) por los daños y perjuicios causados, de acuerdo con los criterios establecidos en el Informe Pericial emitido por Don Ernesto , de la consultora AUREN CENTRO AUDITORES Y CONSULTORES SL, y que se aporta como documento número 16 de este escrito, y por los honorarios devengados por los servicios legales destinados a la obtención del SIPS;

c) Que se proceda a la imposición, a tenor de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de los intereses legales devengados desde la interposición de la presente demanda, incrementándose en dos puntos;

d) Que se proceda a la plena y expresa imposición de las costas devengadas en esta litis a UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN SA, de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la precitada ley procedimental civil (sic)

Dicha petición trae causa del incumplimiento por parte de la demandada de la obligación de darle acceso completo e incondicionado a toda la información disponible en el sistema de información de puntos de suministro (en adelante, la base de datos SIPS).

Según nos dice la demanda, en transcripción que hacemos literalmente, la demandada ha venido desatendiendo de forma consciente y absoluta la obligación de permitir a las comercializadoras el acceso a la información contenida en los SIPS, causando un grave perjuicio a la actora, pues la actora, en aplicación de lo estrictamente contenido en el art. 7 del Real Decreto 1435/2002 , y con posterioridad su reforma acometida por el artículo 4.5 del Real Decreto 1454/2005 , ha venido, por un lado, intentando el acceso completo y no condicionado al SIPS de UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN, y, vista la imposibilidad de obtener el acceso en tales condiciones, ha solicitado dicho acceso por diferentes vías. De este modo, en diciembre de 2005 incluyó, sin éxito, una solicitud de acceso genérico al SIPS en un documento de solicitud de acceso a ATR (el documento número 9 es la mencionada solicitud). Otro intento de acceso al SIPS fue llevado a cabo en octubre de 2006, y consistió en la remisión de un burofax, con el mismo contenido y fecha (9 de octubre de 2006) a los responsables operativos y jurídicos de todas las distribuidoras (entre ellas, UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN, siendo el documento 10 la copia de la solicitud de acceso remitida por burofax el 9 de octubre de 2006 a UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN); del contenido del dicho burofax se desprende que CENTRICA solicitaba un acceso masivo a los datos por el mero hecho de ser comercializadora de electricidad ("... el completo acceso telemático a la base de datos referida en el artículo 4, apartado 5 del Real Decreto 1454/2005 relativo a todos los puntos de suministro conectados a sus redes "), siendo el propósito de dicho burofax no tanto acceder a los datos contenidos en el SIPS para cada cliente individual que contrataba CENTRICA (y por lo tanto, posterior a la propia labor comercial y de contratación), sino por adelantado a dicha acción comercial con el propósito de mejorar y hacer más efectiva la misma. Sin embargo, la demandada remitió respuesta al burofax de la actora señalando que dispone de un sistema de información que permite la consulta de datos y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicación con comercializadores y clientes, siendo el acceso totalmente gratuito (documento 11).

Continúa la demanda señalando que la demandada no negaba explícitamente el acceso, sino que lo condicionaba a que la actora aportara, como requisito previo, determinados datos de los consumidores finales respecto de los cuales se solicita el acceso al SIPS. En concreto se solicitaba de CENTRICA que aportara el Código Único de Punto de Suministro (CUPS) y el número de CIF/NIF del consumidor final. El primero es uno de los datos que debe constar en el propio SIPS (letra a) del artículo 7.1 del Real Decreto 1435/2002). El segundo dato es información que debe dar individualmente cada uno de los consumidores finales. Sobre el particular, la Resolución de la CNC considera acreditada la negativa a facilitar el acceso masivo e incondicionado y señala (página 25) que " en la carta de contestación a la petición de CENTRICA [...], UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN no especifica ninguna justificación objetiva para denegar el acceso completo e incondicional a los datos que solicita CENTRICA, sino que se limita a considerar que ya cumple con la obligación de acceso que establece el párrafo 2 del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 ".

La parte actora considera que esta exigencia -de la demandada- vacía de contenido la obligación de las distribuidoras, dado que sólo permite acceder individualmente a cada punto de suministro y a través de la realización de una labor comercializadora previa, dado que los datos exigidos obligaban a contactar previamente con el consumidor final y obtener de él la información exigida por UNION FENOSA DISTRIBUCION. La propia Resolución de la CNC señala (página 26) que "... adicionalmente, hay que considerar que la implantación de la modalidad de acceso cliente a cliente por parte de UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, S.A.



ha tenido como resultado una llamativa falta de utilización del SIPS por parte de prácticamente todas las comercializadoras como se recoge en los Hechos Acreditados, cuando, teóricamente, como señala la CNE (folio 583) en su respuesta a la solicitud de información de esta Dirección, "...el acceso a la información contenida en el SIPS se considera esencial para el fomento de la competencia efectiva en el mercado liberalizado, reduciendo los costes del cambio de suministrador y facilitando la elaboración de ofertas adecuadas a las condiciones de los clientes " (el documento número 12 es el esquema explicativo de los referidos problemas de acceso).

A lo anterior, añade la demanda que, durante el expediente administrativo -se refiere al expediente 642/08 que se inició por denuncias de CENTRICA ante el SDC de 19-3 y 30-4 de 2007, terminando por resolución de la CNC de 2-4-09, aportada como documento 2- la conducta de la demandada no sólo no cambió (se seguía condicionando el acceso a la exigencia de suministrar el CUPS y el NIF/CIF para acceder al mismo), sino que ni siquiera accediendo al SIPS de forma condicionada (esto es, habiendo obtenido la actora previamente del consumidor final los datos que forman parte del SIPS respecto del punto de suministro), se podía tener acceso completo a la información de forma que se garantizase la competencia de forma efectiva en el mercado de suministro. Por ejemplo, en el caso de UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN, no se aportaba información sobre el tipo de punto de medida, sobre el tipo de perfil de consumo, sobre la fecha del último cambio de comercializador, o sobre el consumo de los dos últimos años naturales (por períodos de discriminación horaria y meses). En esta tónica -continúa narrando la demanda- tras la entrada en vigor de la Orden ITC/3860/2007, el día 22 de enero de 2008, UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN dirigió burofax a CENTRICA informando, en respuesta a la nueva petición de acceso de la última, que UNESA (asociación que agrupa a las cinco compañías integradas verticalmente: IBERDROLA, ENDESA, UNIÓN FENOSA, HIDROELÉCTRICA DE CANTÁBRICO y E.ON VIESGO) había procedido a la impugnación de la Orden ITC/3860/2007 y había solicitado la suspensión de su aplicación (el documento número 13 es el mencionado burofax), lo que es reconocido por la propia Resolución de la CNC cuando señala (página 26) que "... incluso tras la entrada en vigor de la Orden ITC/3860/2007, UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN ha seguido negándose a facilitar los datos del SIPS a sus competidores, intentando retrasar todavía más dicha cesión recurriendo a acciones judiciales. De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, esta conducta podría constituir en sí misma una infracción de la normativa de competencia ".

Para terminar la exposición de lo acontecido con la solicitud de la actora para acceder al SIPS de la demandada, dice la demanda que con fecha de 28 de enero de 2008, CENTRICA reitera su solicitud de acceso al SIPS (documento número 14), y, finalmente, el día 26 de mayo de 2008, tuvo lugar la entrega a CENTRICA en soporte informático (CD) de los datos contenidos en el SIPS (documento número 15 Acta de entrega del soporte físico automático) y tras la entrega la demandante comienza con el tratamiento de los datos y su adaptación para que puedan ser efectivamente utilizados por CENTRICA.

La parte actora hace ver que todos estos hechos han sido considerados como hechos acreditados por la Resolución de la CNC (ver apartado Hechos Probados de la mencionada Resolución). Particularmente, la Resolución de la CNC señala (página 25) que " en la carta de contestación a la petición de CENTRICA (folio 221), UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN no especifica ninguna justificación objetiva para denegar el acceso completo e incondicional a los datos que solicita CENTRICA, sino que se limita a considerar que ya cumple con la obligación de acceso que establece el párrafo 2 del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 ". Asimismo, en el expediente UNESA, la CNC señaló que "... en particular, tal y como consta en los citados expedientes de los que se ha deducido testimonio, ninguna de las distribuidoras afiliadas a UNESA [entre ellas UF DISTRIBUCIÓN] permitía el acceso completo a los datos del SIPS a la comercializadora independiente CENTRICA ENERGÍA ni a otras comercializadoras, ya que, ante las solicitudes de acceso a todos los puntos de suministro, las distribuidoras se negaban, con carácter general y aludiendo a razones diversas, a facilitar la modalidad de acceso masivo solicitada por centrica. Como consecuencia de ello el SIPS registró hasta 2007 incluido niveles muy bajos de acceso por parte de las comercializadoras, como lo demuestran los datos que obran en el expediente aportados por las propias distribuidoras ".

El escrito rector, además compara este comportamiento con el hecho de que UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN ha proporcionado la información contenida en el SIPS a la comercializadora del grupo, UNION FENOSA COMERCIAL, S.L. Como señala (página 10) la Resolución de la CNC:

" De acuerdo con la información aportada por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), dentro de la cual se integra el RGPD, Unión Fenosa Distribución, S.A. inscribió con fecha 26 de febrero de 2003 el fichero denominado "Clientes Uso Comercial 2003". Según la inscripción del RGPD, la finalidad de este fichero sería el "Acceso por empresas del grupo, participantes y colaboradoras para el envío de comunicaciones". Por otra parte, dentro de la tipificación de la finalidad se incluye: "Publicidad y prospección comercial ".

Los datos contenidos en este fichero serían tanto de carácter identificativo como de otro tipo. Dentro de los de carácter identificativos, se incluyen: DNI/NIF, dirección, teléfono, nombre y apellidos, pagador: nombre y dirección, número de cuenta, CD cliente, email y número de suministro. Por otra parte, dentro de la categoría de otro tipo de

datos se encuentran: datos de circunstancias sociales; datos económicos, financieros y de seguros y datos de información comercial. Por lo tanto, junto con otros muchos, aparecerían la mayor parte de los datos contenidos en el SIPS.

Asimismo, en el apartado relativo a la cesión o comunicación de datos, aparecen, entre otras, como destinatarios de los mismos las empresas del grupo Unión Fenosa, participantes y colaboradoras, siendo Unión Fenosa Comercial SL, comercializadora de energía eléctrica del grupo al que pertenece Unión Fenosa Distribución, la encargada del tratamiento de los datos.

Además, Unión Fenosa Distribución tiene inscrito en el RGPD otro fichero denominado "Clientes" con datos similares a los anteriores, pero con la finalidad de: "Gestión de clientes (facturación, cobro, reclamaciones) y procesado, tratamiento y optimización de la calidad de la información del fichero". En este caso, el encargado del tratamiento es Unión Fenosa Multiservicios SL".

La Resolución añade en la página 30 que " de esta forma, se constituiría un sistema asimétrico y discriminatorio de transferencia de información desde Unión Fenosa Distribución a las comercializadoras que tratan de prestar servicios a los clientes de su red. Por una parte, las comercializadoras no pertenecientes al grupo Unión Fenosa sólo podrían acceder a una determinada información sobre los puntos de suministro, enumerada en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 , mediante la aportación del CUPS y NIF/CIF del titular, lo que implica una costosa labor comercial previa. En cambio, en su calidad de destinatario y de encargado del tratamiento, Unión Fenosa Comercial SL tendría acceso al fichero "Clientes Uso Comercial, 2003" de Unión Fenosa Distribución, que contiene todos los datos comerciales disponibles sobre los clientes " .

SEGUNDO.- La parte demandada se opone a la demanda según la siguiente argumentación, que reproducimos del escrito de contestación.

Parte la demandada de considerar que no existe ninguna actuación ilícita, y ello por tres motivos.

En primer lugar, porque no hay condiciones para imputar a la demandada una posición de dominio, limitándose la actora a reproducir los planteamientos de la Resolución recurrida de la Comisión Nacional de Competencia. Y no existen tales condiciones porque el mercado en el que se encuentra la demandada es un mercado de distribución de energía eléctrica, no un mercado de suministro, lo que determina que necesariamente haya de decaer el planteamiento que reiteradamente ha venido formulando la parte actora sobre la existencia de una relación de competencia entre distribuidoras y comercializadoras. Además, no se puede calificar como posición de dominio la de la demandada, cuya cuota de mercado en el mercado relevante de la distribución en España es del 14%. Añade la demandada la inexistencia de afección al comercio intracomunitario, pues si la demandada ostenta el 14% del mercado de ámbito nacional de distribución eléctrica su pretendida conducta abusiva no abarca la totalidad de un Estado miembro de la Unión Europea, ni abarca una parte sustancial del mercado común que dificulte la entrada de competidores de otros estados miembros. Basta una lectura sensata de los parágrafos 93 y 97 de la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de efecto en el comercio que se citan de contrario, para constatar la manifiesta irrelevancia de cuanto se aduce en el presente supuesto.

En segundo lugar, arguye la demandada que ha adecuado, en todo momento, su actuación al ordenamiento del sector energético, y en concreto al conjunto de normas que rigen su estatuto jurídico regulado. Y es que la actora omite deliberadamente de su análisis el hecho de que la demandada es un sujeto regulado. No puede articularse seriamente una imputación de abuso de posición de dominio, que viene determinada por la posición en el mercado de quien, en virtud de ella, se encuentra en un escenario de excepcional libertad económica, cuando ante lo que nos encontramos es ante un sujeto con un estatuto jurídico propio, de objeto social específico, regido por un criterio de separación respecto de las actividades del grupo empresarial al que pertenece y cuyas funciones y, muy especialmente la articulación de sus relaciones jurídicas con terceros, son tasadas y determinadas por la regulación que se constituye en el elemento rector de su actividad.

En tercer lugar, la demandada afirma que no ha existido actitud de abuso por incumplimiento de obligación legal alguna.

Según el escrito de contestación, la demanda pasa a describir el contenido del supuesto comportamiento abusivo en dos niveles distintos:

De una parte el referido a la que califica de negativa a facilitar los datos del SIPS en beneficio de la propia demandada.

De otra parte la que califica de "transmisión discriminatoria de información (SIPS) a UNIÓN FENOSA COMERCIAL.



Sobre la primera de las cuestiones, no se ha producido situación alguna de negativa a facilitar los datos, y menos aún en beneficio de la demandada, ello porque:

-Se afirma que ha existido un condicionamiento al acceso al SIPS, equivalente a una negativa al mismo, de carácter contrario a la reglamentación vigente, realizado en beneficio de la demandada y su grupo.

Tal aseveración es falsa por lo siguiente:

- En el período al que se refieren los hechos, no ha existido condicionamiento, sino acceso de la demandante al SIPS gestionado por UNION FENOSA. Constan aportados a las actuaciones los documentos a través de los cuales se facilitó dicho acceso y la utilización del mismo por parte de la actora (documento 9).

- La demandada, en consecuencia, no ha obstaculizado el acceso de comercializadores al mercado de suministro de electricidad, y menos aún lo ha hecho en beneficio de su posición. Tal consideración es absurda, por las razones siguientes:

Porque como ha reconocido la propia actora, distribución y comercialización son mercados distintos.

Porque no puede establecerse una relación de competencia entre quien actúa bajo un estatuto regulado, y quien lo hace bajo uno libre.

Porque de las obligaciones vinculadas al suministro a tarifa -que subsistía en el momento de producirse los hechos-, las distribuidoras no obtienen ningún beneficio, sino un mero reembolso de sus costes. De hecho, cuando hay superávit -es decir, cuando el precio estipulado por el Estado se sitúa por encima del precio de mercado-, las distribuidoras no obtienen beneficio alguno, sino que las cantidades adicionales ingresadas, se vinculan necesariamente por mandato legal, a determinadas finalidades del sistema.

Sobre la segunda cuestión, dice la demandada que es falso que se hubiera realizado ninguna transferencia de datos masiva a la UNION FENOSA COMERCIAL, o que se le hubiera dado un tratamiento diferente que el aplicado a todas y cada una de las comercializadoras a través del SIPS, de conformidad con las obligaciones inherentes al estatuto regulado, establecidas en el artículo 39 de la Ley 54/97, y disposiciones concordantes y de desarrollo de la misma.

Se añade asimismo que no se puede considerar al SIPS infraestructura esencial y no se dan las circunstancias que permitirían sostener un alegato de abuso de posición de dominio en mercado conexo.

Tras la creación del SIPS en 2002 la actuación de la demandada en esta materia, se produce con pleno conocimiento de la Comisión Nacional de la Energía. Cumplió con la obligación de creación del sistema en lo referido a los datos vinculados a la red por ella gestionada, que era la obligación que establecía el Real Decreto 1435/2002, aunque no se hubiera producido el desarrollo reglamentario expresamente requerido en el propio artículo 7 de dicha norma. Bajo el ámbito de la reforma operada por Real Decreto 1454/2005, facilitó el acceso a las comercializadoras, atribuyéndoles los medios necesarios para la utilización y gestión del SIPS. La obligación de llevar a cabo una entrega masiva e incondicionada del SIPS nace sólo con el contenido de la ITC/3860/2007 y, en concreto, una vez transcurrido el período de dos meses contemplado, con el carácter de régimen transitorio, en la referida norma. Si no fuera así, por qué habría establecido la misma un período transitorio para hacerla efectiva. No tiene sentido que se conceda un plazo propio del régimen de transitoriedad respecto de una obligación que, caso de aceptar lo que señala la actora, ya existiría con anterioridad.

En cuanto a la acción de reclamación de daños y perjuicios derivada de un eventual abuso de posición de dominio, se invoca la prescripción por aplicación del art. 1968 y 1902 del Código Civil.

TERCERO.- Entrando a resolver la primera de las pretensiones de la demanda, o sea, la meramente declarativa, procede su estimación, según los argumentos que ahora se irán desgranando en este y los siguientes fundamentos.

Señalar sobre tal particular que no se discute que, como señala la parte actora, con carácter previo a interponer esta demanda, se siguieron cinco expedientes administrativos con números consecutivos 641/08 al 645/08. contra ENDESA, UNION FENOSA, E.ON DISTRIBUCION, IBERDROLA, HIDROCANTABRICO, respectivamente, en los que se denunciaron los mismos hechos objeto de esta primera pretensión, y que terminaron con resolución sancionadora del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, CNC) de 2-4-09, salvo la relativa al expediente 645/08, que es de 22-4-09, resoluciones aportadas como documento 2 y 3 de la demanda y que han sido recurridas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa -se desconoce si las 5, pero sí al menos 4 de ellas, como vemos a continuación-, habiendo sido resueltos a fecha de hoy por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional los recursos presentados por E.ON DISTRIBUCION (sentencia desestimatoria de 11-5-10, aportada como documento 3 de la actora en la audiencia previa), HIDROCANTABRICO (sentencia desestimatoria de 29-3-11, aportada como documento 1 de la actora en el



juicio) y ENDESA (sentencia desestimatoria de 26-5- 11, aportada al amparo del art. 271.2 LEC el 17-6-2010, documento que debe admitirse por haberse conocido por la actora tras el juicio, como es indudable dada la fecha de publicación de la sentencia que se aporta, resultando documento útil de cara al hecho que aquí sentamos como probado), habiendo sido recurrida la resolución de la CNC también por la aquí demandada, UNION FENOSA DISTRIBUCION, según el documento 2 de la contestación.

Además, se presentó ante los Juzgados de lo Mercantil similar demanda a la que da lugar al presente proceso, dirigida por la aquí actora contra ENDESA, que fue estimada parcialmente por sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Barcelona de 20-1-11 , aportada como documento 2 de la actora en la audiencia previa, y otra contra IBERDROLA que fue desestimada al estimarse la excepción de prescripción por el Juzgado Mercantil 1 de Bilbao, según documento 2 de la demandada en la audiencia previa.

Debemos partir en esta sentencia del hecho probado de que la parte actora solicitó a la demandada mediante burofax de 9-10-2006, recibido por la última el 13- 10-06, y reiterado el 2 y el 28-1-2008, también recibidos por la demandada, está probado -decíamos- que se solicitó por aquélla el acceso completo e incondicionado a toda la información disponible en la base de datos SIPS de UNION FENOSA DISTRIBUCION, y que la demandada no lo facilitó hasta el 26-5- 2008. Tal hecho ya fue declarado probado por la resolución de la CNC dictada el 2-4-09 en el expediente 642/08 que afecta a UNION FENOSA DISTRIBUCION, aportada como documento 2 de la demanda, hecho probado 6º a los folios 10 y 11, y además resulta probado en este pleito con los documentos 10, 11, 13, 14 y 15 de la demanda.

Igualmente, resulta probado que a pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, con anterioridad a dichas peticiones, la entidad demandada puso a disposición de UNION FENOSA COMERCIAL, sociedad que pertenece al mismo grupo que la mercantil demandada, puso a su disposición la mayor parte de los datos contenidos en el SIPS. Ello fue declarado probado a raíz de la investigación realizada por la CNC en el expediente 642/08, según hecho probado 5º a los folios 9 y 10, sin que tal investigación, pruebas y conclusiones hayan sido rebatidas en este proceso.

En dicho momento el contenido del SIPS venía recogido en el art. 7 del Real Decreto 1435/2002 , en la redacción dada por el art. 4.5 del Real Decreto 1454/05 - luego sería modificado por el Real Decreto 1011/09, si bien dicha modificación no es objeto de autos-, que disponía:

"1. Las empresas distribuidoras deben disponer de una base de datos referidos a todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, permanentemente actualizada, en la que consten al menos los siguientes datos:

- a. Código Universal de Punto de Suministro.*
- b. Empresa distribuidora.*
- c. Ubicación del punto de suministro.*
- d. Población del punto de suministro.*
- e. Provincia del punto de suministro.*
- f. Fecha de alta del suministro.*
- g. Tarifa en vigor de suministro o de acceso.*
- h. Tensión de suministro.*
- i. Potencia máxima autorizada por boletín de instalador autorizado.*
- j. Potencia máxima autorizada por acta de autorización de puesta en marcha.*
- k. Tipo de punto de medida.*
- l. Disponibilidad de Interruptor de Control de Potencia.*
- m. Tipo de perfil de consumo.*
- n. Derechos de extensión reconocidos.*
- ñ. Derecho de accesos reconocidos.*
- o. Propiedad del equipo de medida.*
- p. Propiedad de Interruptor de Control de Potencia.*
- q. Potencias contratadas en cada período.*



- r. Fecha del último movimiento de contratación a efectos tarifarios.
- s. Fecha del último cambio de comercializador.
- t. Fecha límite de los derechos reconocidos de extensión.
- u. Consumo de los dos últimos años naturales (por períodos de discriminación horaria y meses).
- v. Fecha de la última lectura.

Las empresas distribuidoras deberán dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitan 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.

2. Los consumidores tendrán derecho de acceso a sus datos contenidos en este registro de forma gratuita. Igualmente los comercializadores podrán acceder gratuitamente a los datos contenidos en el citado registro. No obstante lo señalado anteriormente, los consumidores podrán manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores.

3. Los distribuidores de más de 10.000 clientes deberán disponer de sistemas de acceso telemáticos a las bases de datos a las que se refiere el presente artículo antes de transcurridos tres meses desde la entrada en vigor del presente Real Decreto".

Así las cosas, la descrita conducta de la demandada debe incardinarse en la tipificación contenida en los arts. 2 LDC (Ley 15/07) (antiguo art. 6 de la Ley 16/89) y 102 TFUE (antiguo art. 82 TCE), constituyendo un abuso de posición dominante proscrito por tales normas. En este sentido, se comparte, pues, la valoración de tales hechos y la conclusión alcanzada por el Consejo de la CNC en la resolución de 2-4-09, que finalizó el expediente 642/08.

A idéntica conclusión llega la sentencia ya mentada dictada por el Juzgado Mercantil 2 de Barcelona de 20-1-11, aportada como documento 2 de la actora en la audiencia previa, en reclamación dirigida por la actora contra ENDESA, para hechos análogos a los presentes.

Deben rechazarse los argumentos de oposición de la demandada.

CUARTO.- No podemos compartir la crítica que se hace sobre la base de la pertenencia de una y otra partes a mercados distintos y no concurrentes, por la sencilla razón de que la infracción denunciada por la actora consiste en el incumplimiento de la demandada de una obligación que tenía como distribuidora para con los comercializadores de energía eléctrica, a tenor de la nueva redacción dada al art. 7 del Real Decreto 1435/2002 por el art. 4.5 del Real Decreto 1454/05, incumplimiento que por tanto requiere que el sujeto activo pertenezca al mercado de distribución de energía eléctrica y el pasivo al de suministro, como es el caso; ni que decir tiene que mediante tal infracción, o sea, impedir el acceso al SIPS, provocada desde la posición de distribuidor y titular de la base de datos denominada SIPS, se puede afectar gravemente a la competencia en el mercado de suministro, cuando, como en este caso, dicho acceso se permite a unos comercializadores en detrimento de otros, de ahí que al último se le califique de mercado descendente, y para llegar a tal conclusión -lógica- basta leer cuanto señala la resolución de 2-4-09 de la CNC, dictada en el expediente 642/08, cuya página 27 reza del siguiente tenor literal: "... como señala la CNE (folio 583) en su respuesta a la solicitud de información de esta Dirección, "...el acceso a la información contenida en el SIPS se considera esencial para el fomento de la competencia efectiva en el mercado liberalizado, reduciendo los costes del cambio de suministrador y facilitando la elaboración de ofertas adecuadas a las condiciones de los clientes".

Lo anterior debe llevar igualmente a desestimar la afirmación de la demandada de que no se puede considerar al SIPS una infraestructura esencial en el marco de la competencia y que no se dan las circunstancias que permitirían sostener un alegato de abuso de posición de dominio en mercado conexo, pues a la vista de la información contenida en el SIPS no podemos sino compartir el criterio de la CNC y la Comisión Nacional de la Energía (CNE) que se acaba de transcribir.

Tampoco podemos compartir la afirmación de que la demandada carece de una cuota de mercado relevante, pues ésta está cifrada en torno al 14 % en la resolución de la CNC y no discutida en el pleito.

QUINTO.- Igual rechazo merece la alegación de que la demandada es un sujeto regulado que por tanto no puede actuar más que como dispone su estatuto, pues precisamente es la normativa sectorial que le afecta la incumplida: un mandato claro, contenido en la redacción dada al art. 7 del Real Decreto 1435/2002 por el art. 4.5 del Real Decreto 1454/05 -luego se daría otra por la DF 3ª del Real Decreto 1011/2009, pero no afecta a este pleito-, que ya hemos transcrito antes y que fue incumplida, como hemos dicho, en detrimento de un comercializador, la actora, para beneficiar al comercializador del grupo, UNION FENOSA COMERCIAL, luego lejos de actuar conforme a su normativa específica, la demandada la incumplió.



SEXTO.- La tesis de la demandada según la cual no ha existido infracción alguna a sus obligaciones legales, debe también desestimarse.

Pese a la alegación de dicha demandada en torno a que la obligación de una entrega masiva e incondicionada del SIPS nace sólo con el contenido de la ITC/3860/2007, debemos compartir el criterio contenido en el fundamento de derecho 6º de la sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Barcelona de 20-1-11 , aportada como documento 2 de la actora en la audiencia previa, que dice:

" En definitiva, tras la entrada en vigor del Real Decreto 1435/2002 y, sin ninguna duda, tras la modificación operada por el Real Decreto 1454/2005, de 2 diciembre, (la distribuidora) venía obligada a permitir a las comercializadoras y, en concreto, a CENTRICA, el acceso incondicional al SIPS . (la distribuidora), por otro lado, no podía ampararse en la Ley Orgánica de Protección de Datos (RCL 1999, 3058) para denegar el acceso masivo e incondicional..."

También debe desestimarse la alegación según la cual la demandada no obstaculizó el acceso de las comercializadoras al SIPS que la Ley regulaba. Sobre dicho particular dice la demandada que bajo el ámbito de la reforma operada por el Real Decreto 1454/2005, facilitó el acceso al SIPS por las comercializadoras, atribuyéndoles los medios necesarios para la utilización y gestión del SIPS, luego niega que haya existido un condicionamiento al acceso al SIPS, equivalente a una negativa al mismo, apoyándose en el documento 9 de la contestación.

Dicho documento 9 de la contestación, en que funda su oposición la demandada, ya fue analizado por la resolución de la CNC de 2-4-09, en cuyo hecho probado 4º se dice literalmente: " Unión Fenosa Distribución SA., dispone de una página web que permite a las comercializadoras cursar solicitudes de contratos ATR, consultar respuestas a solicitudes de acceso y facturas y acceder al SIPS. Mientras que para las dos primeras acciones es necesario un código de usuario y una clave, obtenidas previamente, el acceso al SIPS se realiza sin necesidad de identificación previa o clave del usuario. Posteriormente para obtener los datos es necesario introducir el CIF/NIF del consumidor final y el CUPS ". En el hecho probado sexto se añade: " Unión Fenosa Distribución SA., no ha permitido el acceso completo a los datos del SIPS a Centrica Energia SLU., por cuanto si bien es cierto que se remitía al sistema de acceso cliente a cliente, no lo es menos que implícitamente estaría negándose a facilitar la modalidad de acceso masivo que solicita la denunciante, con amparo en los Reales Decretos 1435/2002 y 1454/2005 ".

Sobre esto la actora afirma que tras remitir la carta de 9-10-06, aportada como documento 9 de la demanda, la demandada no negaba explícitamente el acceso al SIPS, sino que lo condicionaba a que la actora aportara, como requisito previo, determinados datos de los consumidores finales respecto de los cuales se solicita el acceso al SIPS, y en concreto se solicitaba de CENTRICA que aportara el Código Único de Punto de Suministro (CUPS) y el número de CIF/NIF del consumidor final, pese a que el primero es uno de los datos que debe constar en el propio SIPS (letra a) del artículo 7.1 del Real Decreto 1435/2002 y el segundo dato es información que debe dar individualmente cada uno de los consumidores finales, señalando sobre el particular la resolución de la CNC considerada como acreditada la negativa a facilitar el acceso masivo e incondicionado al señalar (página 25) que " en la carta de contestación a la petición de CENTRICA [...], UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN no especifica ninguna justificación objetiva para denegar el acceso completo e incondicional a los datos que solicita CENTRICA, sino que se limita a considerar que ya cumple con la obligación de acceso que establece el párrafo 2 del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 ".

Y al no practicarse prueba en contrario en este proceso por la demandada, debemos considerar probado que, efectivamente, a través de la página web a que se refiere el documento 9 de la contestación, los comercializadores sólo podían obtener información individual, cliente a cliente, siendo necesario además, para obtener los datos, que la comercializadora contara con el Código Único de Punto de Suministro (CUPS) y el número de CIF/NIF del consumidor final.

Sentado lo anterior, para desestimar la postura de la demandada, debemos compartir nuevamente el criterio contenido en el fundamento 5º de la sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Barcelona de 20-1-11 , aportada como documento 2 de la actora en la audiencia previa, pues en aquel proceso también ENDESA afirmaba que se podía condicionar el acceso al SIPS a la aportación del CUPS y del número del contrato regulado del consumidor correspondiente, resolución judicial que nos dice:

" En cuanto al mercado de Baja Tensión afirma que dio cumplimiento a la interpretación del organismo de mayor autoridad en la materia; la COMISION NACIONAL DE LA ENERGIA, que hasta en cuatro documentos (documentos siete a diez de la contestación) avaló que el acceso de los comercializadores al SIPS se condicionara a la aportación del CUPS y del número del contrato regulado del consumidor correspondiente . Sin embargo dicha interpretación no puede aceptarse, como señala la CNC en la resolución de 2 abril 2009, cuyos fundamentos ya han sido confirmados por una primera sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, de



11 mayo de 2010, que conoció del recurso contencioso administrativo interpuesto por EON DISTRIBUCION S.L. contra la resolución de la misma fecha en el expediente paralelo iniciado también a instancias de CENTRICA. En efecto, el proceso de liberalización del sector eléctrico se inicia con la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE), en cuya Exposición de Motivos se señala que la liberalización también llega a las actividades que se desarrollan en régimen de monopolio; "el transporte y la distribución -dice la Exposición de Motivos- se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes, esto es, la propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo". El Real Decreto 1435/2002, de 27 diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de Baja Tensión, recoge una serie de medidas encaminadas a garantizar la efectiva liberalización del suministro eléctrico. Su artículo 7 establece la creación del Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS), al disponer que "las empresas distribuidoras deben disponer de una base de datos referidos a todos los puntos de suministro conectado se sus redes y a las redes de transporte de su zona, permanentemente actualizada", en las que deben constar los datos que recoge dicho precepto. En su apartado tercero añade que los comercializadores podrán acceder a una parte de los datos del SIP "en la forma y con los requisitos que establecen las disposiciones de desarrollo" del propio Real Decreto. El Real Decreto 1454/2005, de 2 diciembre, modifica el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, incrementa los datos a los que puede tener acceso el comercializador, eliminando la necesidad de un desarrollo reglamentario posterior. **Al entender de la CNC, cuyo criterio se comparte, ninguno de los Reales Decretos citados condiciona el acceso a la información contenida en los SIPS a la aportación por los comercializadores de los datos exigidos por ENDESA DISTRIBUCION. La Comisión Nacional de la Energía, cuyo parecer fue solicitado por la Dirección de Investigación (fundamento del derecho décimo de la resolución de 2 abril 2009, además de considerar "esencial para el fomento de la competencia efectiva" el acceso a la información contenida en el SIPS, reconoció la ausencia de restricción legal para que el acceso se produzca, considerando que el funcionamiento práctico de SIPS no debería haber impedido el intercambio de información entre el distribuidor y el comercializador. Además, el CUPS es uno de los datos del registro, por lo que no parece lógico que se exija como un requisito para acceder a la información** .

Por tanto, como sostiene la resolución de la CNC de 2-4-09, permitir el acceso al SIPS a través de la página web de UNION FENOSA, sólo de forma individualizada por cliente y previa aportación por la comercializadora del Código Único de Punto de Suministro (CUPS) y el número de CIF/NIF del consumidor final, suponía en la práctica incumplir la obligación de permitir el acceso global e incondicionado a la información de dicha base de datos, lo cual ha quedado patente en el juicio a través del interrogatorio de la demandante.

Y es que la diferencia entre una y otra forma de acceder a la información no es baladí. Como señala la resolución de la CNC en su folio 27, con cita de determinado informe de la CNE, " el acceso a la información contenida en el SIPS se considera esencial para el fomento de la competencia efectiva en el mercado liberalizado, reduciendo los costes del cambio de suministrador y facilitando la elaboración de ofertas adecuadas a las condiciones de los cliente ". Y ello por cuanto el SIPS " tiene dos funciones de recopilación de información: los datos básicos de identificación y caracterización del punto de suministro y el contrato regulado, que pueden facilitar procesos de cambio de suministrador, y los datos referentes a parámetros y pautas de consumo de los cliente, que pueden mejorar el proceso de elaboración de ofertas competitivas " (página 32 de la resolución de la CNC). A juicio de la CNC, el acceso a la información ha actuado en la práctica como una barrera al cambio de comercializadora y la normativa ha pretendido poner remedio a este problema mediante el acceso al SIPS. Además, la CNC recuerda que la información obtenida por el distribuidor no lo ha sido por su esfuerzo comercial, sino merced a un monopolio natural que le somete a ciertas obligaciones especiales (páginas 23 y 25). En este contexto, coincidimos con dicha resolución y la mentada sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Barcelona, con que la exigencia de suministrar el CUPS y el número de CIF/NIF, impuesta por UNION FENOSA DISTRIBUCION a las comercializadoras hasta mayo de 2008, amén de infringir las disposiciones legales, implica para éstas asumir unos costes directos, como el de localización de los clientes a los que dirigirse; una menor eficacia en la actuación comercial; y un mayor riesgo, dado que la estrategia del comercializador queda más en evidencia, todo lo cual ya fue manifestado en el juicio por el representante de la actora.

SEPTMO.- En cuanto a la transmisión, de forma discriminatoria, de información por parte de la demandada a empresas de su grupo y, en concreto, a UNION FENOSA COMERCIAL, extremo que se niega en la contestación por no existir indicios ni prueba directa, también hay que estar a las conclusiones de la resolución de la CNC de 2-4-09, elaboradas a partir de las investigaciones llevadas a cabo por la Dirección de Investigación, como ya hemos adelantado antes en esta sentencia.

En el hecho probado 5º de dicha resolución no se tiene por acreditada la transmisión efectiva de datos de UNION FENOSA DISTRIBUCION a UNION FENOSA COMERCIAL, sino la puesta a disposición por la demandada a la comercializadora del grupo de información comercialmente sensible que no resulta accesible a otras comercializadoras. Y ello a partir de un dato acreditado, como es la inscripción en el Registro General de Protección de Datos el 26-2-03 por parte de UNION FENOSA DISTRIBUCION de un fichero denominado "Clientes



Uso Comercial 2003", siendo UNIÓN FENOSA COMERCIAL el encargado del tratamiento de los datos, y las empresas del grupo UNIÓN FENOSA destinatarias de los datos a efectos de cesión o comunicación de los mismos, siendo la finalidad del fichero "Acceso por empresas del grupo, participantes y colaboradoras para el envío de comunicaciones", dentro de la tipificación de la finalidad se incluye: "Publicidad y prospección comercial", añadiendo la resolución que los datos contenidos en este fichero serían tanto de carácter identificativo como de otro tipo. Dentro de los de carácter identificativos, se incluyen: DNI/NIF, dirección, teléfono, nombre y apellidos, pagador: nombre y dirección, número de cuenta, CD cliente, email y número de suministro. Por otra parte, dentro de la categoría de otro tipo de datos se encuentran: datos de circunstancias sociales; datos económicos, financieros y de seguros y datos de información comercial. Por lo tanto, junto con otros muchos, aparecerían la mayor parte de los datos contenidos en el SIPS. Además, UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN tiene inscrito en el RGPD otro fichero denominado "Clientes" con datos similares a los anteriores, pero con la finalidad de: "Gestión de clientes (facturación, cobro, reclamaciones) y procesado, tratamiento y optimización de la calidad de la información del fichero". En este caso, el encargado del tratamiento es UNIÓN FENOSA MULTISERVICIOS SL.

Pues bien, que dichas sociedades UNION FENOSA COMERCIAL y UNION FENOSA MULTISERVICIOS forman parte del grupo UNION FENOSA, no es refutado en la contestación, pues incluso en la página 34 se dice que la primera es la sociedad filial de la demandada. Y, lo que se sanciona, como se ha expuesto, no es tanto si esta filial ha hecho uso de la información comercial a la que no tienen acceso otras comercializadoras, sino la posibilidad de hacerlo.

OCTAVO.- Finalmente, debemos reproducir en parte los fundamentos jurídicos 11º y siguientes de la sentencia del Juzgado Mercantil 2 de Barcelona, dada su plena aplicación al caso aquí enjuiciado, y al ser compartidos sus argumentos por este Juzgador (en cursiva):

La denegación injustificada por la demandada del acceso incondicionado y masivo a los puntos de suministro, al entender de la Comisión Nacional de la Competencia, constituye un abuso de posición de dominio contrario a los artículos 2 de la Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia (artículo 6 de la LDC de 1989) y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 82 del TCE). El primero de los preceptos citados declara prohibida "la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional", en tanto que el segundo considera "incompatible con el mercado interior" y prohíbe, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, "la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo". Los preceptos transcritos no definen el abuso de la posición de dominio, siendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el que ha ido dando contenido a esa conducta anticompetitiva. De ordinario se suele citar como referente la sentencia de 13 febrero 1979 (asunto Hoffmann-La Roche), que alude a la "conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar en la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tienen el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado un incremento de tal competencia". En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 11 diciembre 1980 en el asunto L'Oreal.

Como primer elemento de la conducta que se analiza es la existencia de una posición de dominio. Pues bien, UNION FENOSA DISTRIBUCION no cuestiona los datos en que la propia resolución de la CNC concluye su posición de dominio en el mercado local de la distribución en el que realiza su actividad en régimen de monopolio, así como en el mercado de suministro a tarifa. Y otra empresa de su mismo grupo, UNION FENOSA COMERCIAL, también goza de una posición de dominio en esas mismas zonas en el suministro a precio libre. De tales datos resulta que esas zonas constituyen una parte relevante del territorio nacional y la posible afectación del comercio intracomunitario, dado que el comportamiento de UNION FENOSA DISTRIBUCION hasta mayo de 2008 era perfectamente capaz de dificultar el acceso de nuevos operadores en el mercado español de comercialización minorista de energía eléctrica, impidiendo así el acceso a la comercialización en esa parte sustancial del territorio nacional.

A partir de la posición de dominio que detenta la demandada en su condición de monopolista natural en el mercado de la distribución, el acceso condicionado al SIPS, mediante la imposición de una serie de requisitos que cercenan, de facto, el acceso a la información, además de una infracción de la normativa sectorial, constituye, también al entender de este tribunal, un abuso de posición dominante, que puede incardinarse en la conducta contemplada en el apartado c) del artículo 2.2º de la Ley de Defensa de la Competencia . La efectiva liberalización del mercado eléctrico establecida por la Ley 54/1997, de 27 noviembre, del Sector Eléctrico, tiene como uno de sus presupuestos la generalización del acceso de terceros a las redes de transporte y distribución, extremo al que se alude en la Exposición de Motivos de la Ley. Y como señala la resolución de 1 de abril de 2009 de la CNC,



para que el acceso a la red sea efectivo no basta con que se garantice la mera conexión física. Es necesario que "se den otro tipo de condiciones que aseguren que el acceso a las redes es económicamente viable. En este sentido, la información sobre los puntos de suministro y sobre los clientes debe considerarse un activo asociado al acceso a la red para que el mismo resulte efectivo de cara al objetivo último que se persigue, que es favorecer la competencia y el bienestar del consumidor" (fundamento decimotercero). En el mismo fundamento, la CNC cita a la Comisión Europea, que en el párrafo 26 de su Comunicación sobre la Investigación, de conformidad con el artículo 17 del Reglamento 1/2003, en los sectores europeos del gas y la electricidad dice que "para garantizar unas condiciones de competencia equitativas es necesario que todos los participantes en el mercado dispongan de la información en igualdad de condiciones y a tiempo". En definitiva, el acceso a la información del SIPS debe entenderse como un elemento consustancial del acceso a la propia red de distribución, de tal manera que la actitud obstaculizadora de la demandada debe calificarse como abusiva.

También es de aplicación al presente caso la doctrina de las essential facilities, a la que se ha referido el Tribunal de Defensa de la Competencia en la resolución del 7 marzo 2002 (asunto Tubogas-Repsol Butano) y en la de 12 septiembre 2005 (asunto Aplicaciones Electromecánicas). Dicha doctrina se aplica a la conducta de quien, a partir de una posición de dominio, niega el suministro o el acceso a una instalación a un tercero en un mercado descendente o conexo. En la resolución de Tubogas el TDC señaló que "constituye abuso de posición dominante el negar algo necesario, cualquiera que esto sea, a un competidor en un mercado conexo, cuando se dispone en el primero de posición de dominio". La "doctrina de los mercados conexos -añade dicha resolución- no se limita a la negativa de suministro de mercancías, sino también a negativas de suministro de información necesaria para competir en mercados conexos, incluso si tal información goza de protección de derechos de propiedad intelectual". La información de la que es depositaria UNION FENOSA DISTRIBUCION, que ha obtenido no por su esfuerzo comercial sino merced a un monopolio legal, de acuerdo con la normativa sectorial debe ser puesta a disposición de los comercializadores, por lo que carece de cualquier justificación objetiva la negativa a proporcionarla o la imposición de condiciones de acceso inasumibles.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 junio 2006, en el asunto Planes Claros, señala que "lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el presupuesto subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación. La intención de obstaculizar la entrada de un nuevo competidor no es sancionable por este título si su instrumentación se hace por medios legítimos. Y es que, en realidad, la distinción entre lo que resulta ser la respuesta legítima de una empresa con posición dominante y lo que constituye explotación abusiva de su previa posición de dominio estriba más en las características objetivas de los medios de reacción que en la finalidad de esta última". Como se ha expuesto en los fundamentos anteriores, el acceso masivo e incondicional al SIPS viene impuesto por la normativa que regula el sector eléctrico, constituyendo un elemento esencial para la competencia en dicho mercado sea efectiva. La demandada es un distribuidor sujeto a obligaciones legales, por lo que el simple incumplimiento de esas exigencias legales impide considerar su conducta como objetivamente justificada. Como señala la resolución de la CNC (fundamento decimotercero) "el marco legal español considera que el acceso a determinados datos sobre los puntos de suministro y los clientes es esencial para favorecer la competencia en el mercado del suministro y, por ello, impone al uso distribuidores la obligación de crear bases de datos con dicha información sobre los puntos de suministro y de facilitar el acceso a las mismas con el fin, entre otros, de que los comercializadores las puedan consultar". La información es esencial y, por tanto, forma parte del acceso a la propia red, del que es un activo consustancial. Por tanto, si el acceso generalizado a las redes de distribución por los comercializadores resulta indispensable para la liberalización efectiva del sector, también el acceso a la información de los SIPS tiene el mismo carácter. Por último la CNC, atendida la relevancia del SIPS para las estrategias comerciales de las empresas comercializadoras y la posición privilegiada de las distribuidoras en el segmento liberalizado del mercado, constata que la conducta abusiva es apta para generar efectos de exclusión de la competencia, ya sean efectivos o potenciales, en el mercado descendente, extremo que corrobora la Comisión Europea.

La negativa a facilitar el acceso incondicionado al SIPS vino acompañada de un trato discriminatorio a favor de las empresas comercializadoras del Grupo. La resolución de la CNC declara probado el trato de favor.

" De esta forma, se constituiría un sistema asimétrico y discriminatorio de transferencia de información desde UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN a las comercializadoras que tratan de prestar servicios a los clientes de su red. Por una parte, las comercializadoras no pertenecientes al grupo UNIÓN FENOSA sólo podrían acceder a una determinada información sobre los puntos de suministro, enumerada en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, mediante la aportación del CUPS y NIF/CIF del titular, lo que implica una costosa labor comercial previa. En cambio, en su calidad de destinatario y de encargado del tratamiento, UNIÓN FENOSA COMERCIAL SL tendría acceso al fichero "Clientes Uso Comercial, 2003" de UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN, que contiene todos los datos comerciales disponibles sobre los clientes. Por lo tanto, existiría una clara discriminación en el acceso



a la información, cuyo único objetivo posible sería favorecer la actividad comercializadora de UNIÓN FENOSA COMERCIAL SL en detrimento del resto de sus competidoras " (página 30 de la resolución de la CNC).

En definitiva, se trata igualmente de una conducta abusiva, contraria a los artículos 2 de la LDC y 102 del TFCE. Las empresas dominantes asumen una responsabilidad especial a la que se alude reiteradamente en la jurisprudencia comunitaria, que impone el mantenimiento de unas condiciones no distorsionadas de competencia en el mercado y una exigencia de neutralidad. Por todo ello y como conclusión, no cabe sino corroborar el criterio de la CNC, declarando que, efectivamente, UNION FENOSA DISTRIBUCION incurrió en abuso de posición de dominio al negar a la demandante la información contenida en los SIPS y ofrecerla de manera discriminatoria a otras empresas de su grupo.

NOVENO.- Declarada la infracción de los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE , es posible, con fundamento en el artículo 1902 del Código Civil , reclamar los daños y perjuicios causados por una conducta que se ha considerado antijurídica, conducta que sería no facilitar el acceso incondicional y masivo a la base de datos SIPS de la demandada.

Ya hemos adelantado que la demandada invoca la excepción de prescripción, al amparo del art. 1968.2º del Código Civil , que como sabemos establece el plazo de un año para el ejercicio de la acción de reclamación de daños.

Para resolver dicha excepción, debemos concretar cuál es el *dies a quo* que marca el inicio del plazo de prescripción.

Y, efectivamente, como sostiene el demandado en fase de conclusiones, la fecha en la que debe iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo es el 26-5-08, pues en dicha fecha es cuando cesa la conducta infractora, siendo la fecha en la que la demandada permitió finalmente el acceso incondicional y masivo a la información contenida en el SIPS, como reconoce la actora. A partir de dicha fecha cesa también el daño derivado de la conducta infractora, entendiéndolo dicho daño como la ausencia de clientes por no poder contar con datos de consumidores a los que tenía derecho de acceso por Ley, y ello por mucho que dicho daño tenga consecuencias también tras dicha fecha de 26-5-08, concretado en la ausencia de recaudación derivada de esa falta de clientes.

Obvio es que a partir de dicha fecha la actora podía ya ejercitar la acción de reclamación de daños, pues contaba con los datos que hasta entonces no le habían sido facilitados. Igualmente, a partir de dicha fecha debía ejercitar la acción, pues los daños derivados de la ausencia de información del SIPS estaban ya producidos, siendo indiferente que para cuantificarlos tuviera que esperar a tratar tales datos, pues sabemos que la Ley procesal permite en su art. 219 presentar la reclamación si se solicita la condena a su pago, aunque no se cuantifique exactamente su importe, siempre y cuando se fijen claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética, lo cual pudo hacer la parte actora, pues incluso pudo aportar el informe pericial tras la presentación de la demanda.

Sabemos, y así lo hace ver la demandada, que hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007, el 1-9-2007, las autoridades españolas de defensa de la competencia tenían el monopolio de la aplicación de las normas de competencia, por lo que las empresas y los consumidores que se sentían perjudicados por las violaciones de la legislación sobre competencia tenían que esperar a la finalización de los procedimientos de dichas autoridades antes de hacer valer sus reclamaciones ante los tribunales de justicia, y así se establecía en el art. 13.2 de la Ley 16/89 .

La nueva Ley, sin embargo, abre la posibilidad de la aplicación privada de las conductas prohibidas recogidas en los artículos 1 y 2 de la misma. Esto significa que consumidores y empresas pueden acudir directamente a los Juzgados de lo Mercantil cuando estimen que se ha producido una vulneración de estos artículos de la Ley y solicitar la cesación de las mismas, así como la reparación que crean conveniente.

Por ello, si el *dies a quo* lo hemos localizado en una fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley 15/07, la existencia del expediente administrativo 642/08, seguido por la denuncia previa de CENTRICA DE ENERGIA contra UNION FENOSA DISTRIBUCION de 30-4-07, no podía impedir el inicio del plazo prescriptivo, toda vez que, de un lado, esperar a la firmeza de la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional, no era ya un requisito procesal previo a la reclamación de daños ante los tribunales, lo que resulta incontestable, pues el presente proceso se inició con demanda interpuesta el 19-1-10 y se ha tramitado antes de que se dictara sentencia en el recurso contencioso administrativo interpuesto contra UNION FENOSA DISTRIBUCION contra la resolución de la CNC de 2-4-09, y de otro lado, como hace ver la parte demandada con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 2-1-95 y 7-4-98 , las actuaciones en sede administrativa no paralizan el cómputo del plazo prescriptivo.



Así las cosas, si el plazo de la prescripción se inició el 26-5-2008, habiéndose presentado la demanda más de 19 meses después, procede declarar prescrita la acción de resarcimiento del daño, conforme al art. 1968.2º del Código Civil .

A la misma conclusión llegó, aunque con diferente argumentación, la sentencia dictada en uno de los otros dos procesos seguidos por hechos similares al presente, en concreto el seguido contra IBERDROLA ante el Juzgado Mercantil 1 de Bilbao, según documento 2 de la demandada en la audiencia previa, lo que no ocurrió en el seguido contra ENDESA ante el Juzgado Mercantil 2 de Barcelona, si bien en este último no se planteó la prescripción, que sólo puede ser apreciada a instancia de parte.

DECIMO.- Por aplicación del art. 394 Ley 1/2000 , al ser estimada en parte la demanda, cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO.-

Que estimando en parte la demanda presentada por el Procurador Don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de CENTRICA ENERGIA SLU (cambiada la denominación social durante la tramitación por la de ENERGYA VM GESTION DE ENERGIA SL SOCIEDAD UNIPERSONAL), contra UNION FENOSA DISTRIBUCION SA, representada por el Procurador Don Luis Fernando Alvarez Wiese, que ha dado lugar a los presentes autos de Juicio Ordinario número 106/2010, DEBO DECLARAR Y DECLARO que la negativa de UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN SA a la entrega de la información contenida en los SIPS a la actora constituye e integra un abuso de posición de dominio contrario a los artículos 2 LDC y 102 TFUE (antes, artículos 6 antigua LDC y 82 Tratado CE) y de cuya conducta se han derivado daños y perjuicios para la actora, DECLARANDO igualmente prescrita la acción de reclamación de tales daños, sin imponer las costas a ninguna de las partes, debiendo cada uno abonar las suyas y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma, al no ser firme, podrán interponer recurso de apelación por escrito ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de MADRID. El recurso de apelación se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia.

Para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la Cuenta de Depósitos y consignaciones de este Órgano el depósito legal, salvo que el recurrente sea: beneficiario de Justicia Gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, Entidad local u Organismo Autónomo dependiente de alguno de los anteriores.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Sr Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.