



Roj: **STS 5574/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5574**

Id Cendoj: **28079130032013100316**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **25/11/2013**

Nº de Recurso: **4663/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2638/2010,**
STS 5574/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil trece.

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 4663/2010 interpuesto por "E.ON DISTRIBUCIÓN, S.L.", representada por la Procurador D^a. María Jesús Gutiérrez Aceves, contra la sentencia dictada con fecha 11 de mayo de 2010 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 228/2009, sobre sanción en materia de defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y "CÉNTRICA ENERGÍA, S.L.U.", representada por el Procurador D. Pablo Domínguez Maestro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "E.ON Distribución, S.L." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 228/2009 contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2009, recaída en el expediente 643/08, que acordó:

"Primero.- Declarar que la Viesgo Distribución (ahora E.ON Distribución, S.L.) ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, por haber denegado un acceso completo e incondicionado al

Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS).

Segundo.- Imponer a Viesgo Distribución (ahora E.ON Distribución, S.L.) la multa de quinientos mil (500.000) euros por la comisión de las conductas prohibidas.

Tercero.- Instar a Viesgo Distribución (ahora E.ON Distribución, S.L.) a que en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como la sancionada u otras equivalentes que puedan obstaculizar, directa o indirectamente, el acceso masivo e incondicionado al SIPS en los términos previstos en la normativa. [...]"

Segundo.- En su escrito de demanda, de 16 de septiembre de 2009, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que se declare contraria a derecho y nula, o subsidiariamente anule dicha resolución, de acuerdo con las razones expuestas en el cuerpo de este escrito".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 13 de noviembre de 2009, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante".



Cuarto.- "Céntrica Energía, S.L.U." contestó a la demanda con fecha 8 de enero de 2010 y suplicó a la Sala sentencia "por la que se desestime la demanda interpuesta por E.ON contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2009 dictada en el expediente 643/08, con expresa imposición de costas a la demandante".

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 3 de febrero de 2010 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 11 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de E.ON Distribución, S.L. contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 2 de abril de 2009 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas."

Sexto.- Con fecha 27 de septiembre de 2010 "E.ON Distribución, S.L." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 4663/2010 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por:

"1.- Infracción del art. 6 LDC, sobre el abuso de posición de dominio cuando la conducta tiene justificación legítima.

2.- Infracción del art. 41 LSE, sobre el deber de las distribuidoras de preservar la confidencialidad de sus datos".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del art. 6 LDC, por indebida calificación como abuso de posición de dominio".

Sexto.- "Enérgya VM Gestión de la Energía, S.L.U." (antes "Céntrica Energía, S.L.U.") se opuso al recurso con fecha 1 de abril de 2011 y suplicó su desestimación íntegra "con todo lo demás que en Derecho sea procedente".

Séptimo.- Por escrito de 5 de abril de 2011 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó su desestimación con imposición de costas a la parte recurrente.

Octavo.- Por providencia de 12 de julio de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 19 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 11 de mayo de 2010, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "E.ON Distribución, S.L." contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2009 mediante la que se sancionó a 'Viesgo Distribución' (después 'E.ON Distribución, S.L.') como autora de una práctica prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en "haber denegado [a una empresa comercializadora de energía eléctrica] un acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro".

Según acto seguido se expondrá, la resolución impugnada en la instancia culminaba uno de los cinco expedientes sancionadores (números 641, 642, 643, 644 y 645 de 2008) incoados a raíz de la denuncia presentada por la empresa comercializadora "Céntrica Energía, S.L.U.", que actúa como correcurrida en este proceso, contra "las cinco distribuidoras [de energía eléctrica] integradas verticalmente que operan en España" -según la expresión utilizada por aquella-.

"Céntrica Energía, S.L.U." denunciaba ante la Comisión Nacional de la Competencia la infracción de las condiciones de acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS en lo sucesivo) que las empresas distribuidoras estaban obligadas a establecer. Manifestaba que desde la entrada en vigor de la norma que lo había implantado, las distribuidoras se habían negado a permitir el acceso completo e incondicionado al SIPS, exigiendo previamente requisitos que, en su opinión, constituían una negativa de acceso a un tipo de información esencial para competir en el mercado con los comercializadores de los grupos integrados.

La Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia consideró acreditado, según se lee en la resolución sancionadora, que Viesgo Distribución había "desarrollado una estrategia tendente a impedir que sus competidores puedan tener un acceso efectivo a los datos del SIPS. Primero, estableciendo unos requisitos



de acceso estrictos. Más tarde, una vez que los requisitos de acceso fueron prohibidos expresamente por la normativa sectorial, Viesgo Distribución ha empleado todos los medios a su alcance para retrasar el acceso a la información. [...] Viesgo Distribución no ha aportado ninguna justificación objetiva para denegar el acceso completo e incondicional al SIPS mediante la imposición de requisitos como los descritos. [...] La implantación de la modalidad de acceso cliente a cliente por parte de Viesgo Distribución ha resultado en una llamativa falta de utilización del SIPS por parte de las comercializadoras cuando se considera que 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. En consecuencia la imposibilidad de acceder a estos datos habría supuesto una distorsión de la competencia en los mercados liberalizados, en la medida en que 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".

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia por su parte, ratificó la actuación de la Dirección de Investigación y sancionó a la empresa distribuidora en los términos que han quedado dichos.

Segundo.- La Sala de instancia tuvo como probados, a los efectos sancionadores, los siguientes hechos:

"[...] 1- Céntrica es una empresa comercializadora de electricidad registrada cuya actividad principal consiste en el suministro de electricidad a consumidores finales, actuando bajo la marca de Luseo Energía. Céntrica ofrece a sus clientes la posibilidad de formalizar contratos de energía y, simultáneamente, encomendar a la propia Céntrica la gestión, como mandataria, de la solicitud de acceso de terceros a la red (ATR) a suscribir entre el consumidor y la compañía distribuidora. La plena ejecución del contrato de suministro queda supeditada a la concesión del ATR necesario para proceder al suministro pactado con cada cliente.

2- Electra de Viesgo Distribución, S.L. (actualmente E.ON Distribución, S.L.) es una de las filiales del Grupo Enel S.p.A., cuya actividad principal es el negocio eléctrico. Junto a Barras Eléctricas Galaico-Asturianas S.L. distribuye y vende energía eléctrica a clientes pertenecientes al mercado regulado, desarrollando su actividad de distribución en casi la totalidad de la Comunidad Autónoma de Cantabria y en municipios de Asturias, Palencia y Burgos. Sus redes dan servicio a 573.026 clientes, habiendo distribuido en 2006 un total de 5.298 Gwh, de los cuales prácticamente un 75% se suministraron a tarifa a consumidores finales.

3- El mercado de distribución de electricidad tiene estrecha relación con los de suministro de electricidad que son mercados "descendentes" respecto a ellos, siendo el coste del peaje un 29% del coste medio total de suministro en el mercado; las principales distribuidoras están verticalmente integradas con empresas de generación y comercialización. Enel Viesgo Energía, integrante del grupo Enel, Spa, al igual que Viesgo Distribución, desarrolla actividades de comercialización en el mercado de suministro de energía.

En el año 2006 Viesgo Distribución suministró a tarifa a consumidores finales a través de sus redes el 75% de un total de 5.298 Gwh.

4- Viesgo Distribución dispone de una página web desde abril de 2005 que permite a las comercializadoras cursar las solicitudes de contratos ATR y acceder al SIPS, de forma que el acceso a los datos pueden realizarse mediante solicitudes individuales o enviado conjuntos de ficheros XML estandarizados, o también con una base de datos para responder a solicitudes excepcionales no telemáticas. Para el acceso a los registros, las empresas comercializadoras deben identificarse como usuarios portando su nombre, email, NIF y nombre de la empresa, aparte de que para acceso sobre un determinado punto de suministro, debe aportarse el correspondiente Código Único de Punto de Suministro (CUPS).

5- El 9 de octubre de 2006, Céntrica remitió un burofax a Viesgo Distribución solicitándole con base a la normativa vigente 'el completo acceso telemático a la base de datos referida en el artículo 4, apartado 5 del Real Decreto 1454/2005 relativo a los puntos de suministro conectados a sus redes'.

Viesgo Distribución por carta de 14 de noviembre de 2006 relativa al sistema de acceso a través del denominado Gestor de Intercambios de Viesgo Distribución, le comunicaba que consideraba cumplidas las obligaciones establecidas en los RD 1435/2002 y 1454/2005, informándole que podía dar de alta a cuantos usuarios considerase necesarios.

En la práctica, las dos modalidades de consulta de Viesgo Distribución, suponen un acceso cliente a cliente, por lo que de hecho se estaba negando a facilitar la modalidad de acceso masiva solicitada por Céntrica.

6- El 2 de enero de 2008, Céntrica remitió a Viesgo Distribución un burofax en el que solicitaba '...los datos relativos a todos y cada uno de los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona...' de acuerdo con lo dispuesto en la Orden ITC/3860/2007.



Viesgo Distribución envió el 11 de enero de 2008 un fax comunicando que se había presentado un recurso por UNESA ante la Audiencia Nacional contra esa ITC/3860/2007 y que había solicitado la suspensión de la Disposición Adicional Tercera de dicha Orden, que inicialmente fue estimado por Auto de 13-11-2008, aunque por Auto de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2008, se levantó la suspensión solicitada, por lo que el acceso a la normativa del SIPS quedó abierto y sin condición alguna.

7-. El SIPS de Viesgo Distribución refleja que su utilización en datos de los últimos 12 meses es completamente marginal, destacando que sólo los datos de XXX son relevantes, si bien estos representan una proporción muy pequeña del número de puntos de suministro XXX.

8-. El grupo Enel Viesgo tiene una cuota del 1,69% en el mercado de suministro de energía a pequeños consumidores y del 2,29% en el mercado de suministro de energía a grandes consumidores en términos de energía.

Suministra energía a sus clientes finales a través de Enel Viesgo Energía, S.A., y de Viesgo Distribución.

En el período 2001 a 2006, Enel Viesgo ha tenido cuotas con notable estabilidad o han aumentado, si bien el peso de cada suministro ha variado en función de la normativa sectorial y la evolución de tarifas. Según la CNE, los Gwh suministrados a grandes consumidores fueron de 1.864 en 2001 a 2.788 en 2006, no observándose cambios importantes en la modalidad de suministro, de forma que el suministro en el mercado libre fue de un máximo del 36% en 2005 hasta el 20% en 2006 del grupo Enel Viesgo y en este último año, un 34% de la energía suministrada a grandes consumidores fue en el mercado libre.

La tendencia del número de consumidores fue bastante similar, aunque en este caso en el mercado libre pasó de un 30% sobre 712 grandes consumidores en 2005 al 743 en 2006. En el mercado nacional, los grandes consumidores en el mercado libre fueron el 17% en 2006.

En pequeños consumidores el suministro del grupo Enel Viesgo fue en 2001 de 1.650 Gwh y en el 2006 de 2.003 GWh, alcanzado la comercialización iniciada en el 2005 el 13% de la energía suministrada por el grupo Enel Viesgo. En el número de consumidores tampoco hubo grandes diferencias (509.105 en 2002 a 555.671 en 2006), suponiendo los clientes en el mercado libre del 1% en 2006.

Las cuotas de mercado por energía eléctrica del grupo Enel Viesgo fue en el periodo 2001 a 2006 para grandes consumidores, respectivamente, del 1,9% a 2,3% y en el de pequeños consumidores también, respectivamente, del 1,8% a 1,7%. Por grupo de consumidores, en el caso de los grandes consumidores en dicho periodo pasó del 0,4% al 0,8% y el de los pequeños consumidores de 2,2% al 2,1%. Las cuotas de mercado se concentran en las redes de distribución de Viesgo, ya que el grupo Enel Viesgo fue en 2006 del 72% de la energía suministrada a grandes consumidores conectados a sus redes y el 95% en el caso de los pequeños consumidores.

- El 30 de mayo de 2008, Viesgo Distribución envió a Céntrica un CD con información que según comunica Céntrica el 19 de septiembre de 2008 sujeto a la resolución de las incidencias detectadas, considera que la distribuidora cumple con la normativa aplicable al suministrar acceso a los datos del SIPS con suficiente calidad para llevar a cabo la actividad de comercialización, habiendo manifestado la Distribuidora su disposición a resolver las incidencias detectadas".

Tercero.- Tras exponer en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia impugnada cuáles habían sido las tesis de las partes enfrentadas en el debate de instancia y el contenido de los preceptos reglamentarios aplicables a las bases de datos de puntos de suministro (Real Decreto 1435/2002, modificado por el Real Decreto 1454/2005, y Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, completada por la Orden ITC/694/2008), así como el contenido del informe emitido por la Agencia de Protección de Datos en relación con dicha última Orden, la Sala de la Audiencia Nacional basó el fallo desestimatorio de la demanda en los siguientes razonamientos jurídicos:

"[...] La resolución impugnada declara a la actora responsable de una conducta de abuso de posición de dominio tipificada en el art. 6 de la Ley 16/1989 .

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 EON DISTRIBUCION tiene posición de dominio en el mercado relevante.

La resolución impugnada considera que la conducta de Viesgo Distribución 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 del 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.

[...] Alega igualmente la recurrente que la conducta no es abusiva porque el acceso al SIPS de Eon Distribución 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 cómo 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 EON DISTRIBUCION, 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 Céntrica, 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.

[...] En último lugar se alega que la conducta no es apta para producir 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.'

La actora sostiene que no tiene poder de mercado como para que la conducta que se le imputa tenga consecuencias: 'EON Distribución dispone de información el 2,3% del mercado nacional de suministro. Es decir, aunque Céntrica tuviese acceso a la totalidad de la base de datos de EON Distribución, todavía necesitaría el acceso a información sobre el 97,7% del mercado para, según sus argumentos, poder desarrollar su actividad eficazmente' (folio 42 del escrito de demanda, cuadros aportados en el hecho segundo apartado tercero y escrito de conclusiones).

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 los consumidores es un mercado nacional (porque las ofertas al cliente final las puede hacer cualquier empresa suministradora) el análisis que hace la CNC en este caso concreto se centra en el hecho de que aún con una pequeña cuota en el mercado nacional la conducta es abusiva, porque EON D. tiene posición de dominio en el mercado local de distribución desde su red, y así su conducta tiene efectos restrictivos de la competencia. La empresa actora tiene monopolio en una zona concreta, y las consecuencias de ese monopolio de distribución se agravan por la integración vertical de la distribución y la comercialización, de manera que la distribuidora/comercializadora que impide el acceso a ese concreto mercado a otras comercializadoras está de hecho privando a los consumidores finales de opciones para contratar el suministro.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho."

Cuarto.- El recurso de casación se articula en dos motivos precedidos de unos extensos "antecedentes" (páginas 2 a 32 del escrito de interposición) en los que "E.ON Distribución, S.L." va exponiendo sucesivas afirmaciones sin duda de interés pero ajenas en sí mismas a la técnica casacional que exige concretar precisamente en motivos separados -y podría decirse que autosuficientes- las infracciones del ordenamiento jurídico atribuidas a la sentencia impugnada.



Todas aquellas afirmaciones preliminares, pues, sobre "la posición de EVD como distribuidor y del denunciante como comercializador de electricidad", en las que se analiza "la delimitación del mercado regional de distribución en baja tensión y el mercado nacional de suministro como mercados relevantes para enjuiciar nuestro comportamiento"; la "posición de EVD en los mercados relevantes identificados"; la "actividad regulada de distribución: su retribución según los consumidores conectados a la red, no según la empresa que les suministre electricidad"; el "suministro regulado en régimen de tarifa íntegra: su retribución no incentiva al distribuidor a la acumulación de clientes de suministro"; la "presencia de una comercializadora vinculada a su insignificancia para influir en la calificación de nuestro comportamiento"; la "posición de Céntrica como comercializadora"; la "base de datos de consumidores conectados a redes de distribución: el Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS)" para concluir que "no ha habido ni la sentencia de instancia da como existente ningún tipo de acceso privilegiado de EVE al SIPS de EDV" y comentar "la pretensión de Céntrica de volcado masivo de los datos del SIPS a espaldas de los consumidores", todas estas afirmaciones, decimos, sólo podrán tener incidencia en el recurso en la medida en que su contenido se haya incorporado ulterior y efectivamente a la exposición de los respectivos motivos casacionales.

En el primero de ellos, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "E.ON Distribución, S.L." reprocha al tribunal de instancia la infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia porque, a su entender, no es sancionable el abuso de posición de dominio cuando la conducta tiene justificación legítima, como -afirma- en este caso ocurre. Sostiene asimismo que la Sala vulnera el artículo 41 de la Ley del Sector Eléctrico al no tomar debidamente en cuenta "el deber de las distribuidoras de preservar la confidencialidad de sus datos".

En el apartado primero de este motivo inicial "E.ON Distribución, S.L." manifiesta que no concurren "los elementos definitorios del abuso e incluso de móvil alguno para abusar" pues, no siendo ella misma comercializadora, y teniendo la empresa de su grupo que sí realizaba la actividad de comercialización una cuota insignificante en el mercado nacional (sin que además se le haya imputado el trasvase de información entre ambas), ningún interés tenía, ni ventaja obtenía, de la restricción de la competencia que se le imputa.

El argumento no es acogible si se parte de que, fueran cuales fueran los resultados finales, el designio y la realización de la conducta de la empresa distribuidora de energía eléctrica -sobre la base de su posición de dominio en el mercado geográfico relevante, como ocurre con todas las distribuidoras que ostentan el monopolio zonal de su actividad- implicaban dificultar o restringir la entrada y el desarrollo de los nuevos agentes en el mercado "descendente" de la comercialización o venta de energía. Que ello redundaba en simétrico beneficio de las comercializadoras verticalmente integradas dentro de los respectivos grandes grupos empresariales del sector eléctrico -más en concreto, por lo que aquí respecta, de la comercializadora propia del grupo "E.ON Distribución, S.L."- es algo que la Sala de instancia tiene por probado como cuestión de hecho, al margen de cuál fuera la dimensión o la cuota de mercado de dicha comercializadora integrada y del importe exacto de las ganancias que en cada caso se hubieran derivado.

En la medida en que las alegaciones de este primer motivo sobre la dimensión del mercado y las cuotas de participación en él, a los efectos de la apreciación del abuso de posición de dominio, coinciden sustancialmente con las expuestas en el siguiente, las abordaremos en este último, centrándonos ahora en la causa de justificación de la conducta infractora.

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, posteriormente 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, posteriormente, 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".

Octavo.- Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte contraria.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de casación número 4663/2010 interpuesto por "E.ON Distribución, S.L." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 11 de mayo de 2010 en el recurso número 228/2009.

Segundo.- Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.