

Id. Cendoj: 28079230062012100297
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 17/05/2012
Nº de Recurso: 171/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. ABUSO DE POSICION DE DOMINIO. ART. 6 LCD DE 1989.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a diecisiete de mayo de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número 171/2009 se tramita a instancia de **IBERDROLA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.A.U. ("IBERDROLA DISTRIBUCION")** entidad representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 2 de abril de 2009, sobre **Defensa de la Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandado la Sociedad Céntrica Energía, S.L.U., entidad representada por el Procurador D. Pablo Domínguez Maestro.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 4 de diciembre de 2009, este recurso respecto del acto antes aludido; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición:

"en que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo y tenga por formalizada la demanda en los presentes autos por parte de IBERDROLA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.A.U., con devolución del expediente y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que, con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:

1º) Anule íntegramente la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2009 recaída en el expediente número 644/08, CENTRICA IBERDROLA, por la que, entre otros pronunciamientos, se impone a IBERDROLA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.A.U. una multa de 15.000.000 euros.

2º) Subsidiariamente, para el caso de que esta Sala considere que procede sancionar a mi representada, anule parcialmente la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2009 recaída en el expediente número 644/08, CENTRICA IBERDROLA, reduciendo el importe de la multa impuesta en los términos expuestos en el Fundamento jurídico-material v de esta demanda."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

"que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte 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."

3. El Procurador D. Pablo Domínguez Maestro, en nombre y representación de la entidad codemandada CENTRICA ENERGIA, S.L.U., presentó escrito de contestación a la demanda, en el que terminó suplicando:

"que tenga por presentado este escrito y en su virtud tenga por contestada por esta parte la demanda de IBERDROLA contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2009 dictada en el Expediente 644/08."

4. Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, la Sala dictó auto con fecha 22 de marzo de 2010, practicándose la misma, con el resultado obrante en autos; siguió el trámite de Conclusiones, a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, tras lo cual quedaron los autos pendientes de señalamiento; mediante providencia de 27 de julio de 2010 se señaló para votación y fallo el día 30 de noviembre de 2010, señalándose nuevamente el día 17 de abril de 2012, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción salvo el plazo para dictar sentencia debido a la acumulación de asuntos de especial relevancia en la Sección. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 2 de abril de 2009, recaída en el expediente nº 644/08, CENTRICA IBERDROLA.

En virtud de esta resolución se declara a la hoy actora, Iberdrola Distribución autora y responsable de una presunta infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC) y del artículo 82 del Tratado

Constitutivo de la Comunidad Europea, consistente en el *"abuso de posición de dominio"* , imponiéndosele a la hoy actora una multa de 15.000.000 euros; ordenándose la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de la propia resolución.

2 . En la referida resolución se declaran probados los siguientes hechos:

1º) CENTRICA ENERGÍA S.L.U. ahora codemandada, es una comercializadora independiente de electricidad, inscrita como tal en la sección 2ª del Registro Administrativo de Distribuidores, comercializadores y Consumidores Cualificados, con el número de Identificación R2-241. Su actividad principal consiste en el suministro de electricidad a consumidores finales, actuando bajo la marca de Luseo Energía.

2º) La ahora recurrente, IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. es una sociedad dedicada a la distribución de energía eléctrica, perteneciente al Grupo Iberdrola. El grupo desarrolla distintas líneas de negocio dentro del mercado eléctrico, tales como producción, distribución y comercialización. La matriz del grupo es Iberdrola S.A., que realiza actividades de producción y comercialización de energía eléctrica. El grupo IBERDROLA está presente en el mercado de suministro a través de IBERDROLA S.A.

3º) Por la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, y el Real Decreto 1995/2000, de 1 de diciembre, se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. La Ley del Sector Eléctrico considera que las actividades de generación y comercialización se desarrollarán en régimen de libre competencia mientras que el transporte y la distribución, ostentan la categoría de actividades reguladas.

4º) En escrito de CENTRICA ante la CNE de 5 de agosto de 2003, CENTRICA afirma que: *"El uso privilegiado de datos de clientes en poder de las distribuidoras por parte de la comercializadora del grupo les permite realizar sus ofertas a clientes sin necesidad de solicitar a éstos sus datos y características de consumo. CENTRICA, como comercializadora no integrada con ningún distribuidor, no está en disposición de remitir ofertas a clientes sin previamente obtener del cliente dichos datos, que en la mayor parte de los casos se redicen a poder acceder a su última factura de electricidad, con las limitaciones implícitas que supone analizar un consumidor con los datos correspondientes a un único mes (o dos meses si el ciclo de facturación es bimestral)"*.

5º) En el Documento 4.2 CNE Comunicación entre agentes, la CNE diseña la interfaz correspondiente a las diferentes relaciones entre los agentes, en la cual consta la relación de rango informativo existente entre comercializadores y distribuidores.

6º) El 28 de Septiembre de 2004 CENTRICA S.A. envía fax a IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. solicitando acceso al sistema de información de puntos de medida: *"SOLICITAMOS a su empresa distribuidora Iberdrola que de acceso gratuito a CENTRICA ENERGÍA S.L.U. en nuestro nombre, como nuestro mandatario y sustituto, a los datos contenidos en el registro de base de datos tal y como se detallan en el Artículo 7.1 del mismo Real Decreto [...]"*. La solicitud la realiza un cliente a título individual.

Posteriormente, el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 fue modificado por el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas

disposiciones relativas al sector eléctrico. Este Real Decreto es producto de las medidas de impulso de la productividad recogidas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, que dentro de sus mandatos incluía la modificación del Real Decreto 1435/2002 con el objetivo de "...evitar así obstáculos al paso de clientes del mercado regulado al mercado libre" y concretamente contempla, entre otras medidas, "Mayor información a difundir por las empresas distribuidoras".

7º) El 9 de octubre de 2006 CENTRICA ENERGÍA envía escrito a IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. solicitando "el completo acceso telemático ala 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".

8º) Con fecha 17 de octubre de 2006 IBERDROLA envía carta a CENTRICA ENERGÍA S.A. en respuesta a su petición. "En contestación a su escrito fechado el pasado 9 de octubre de 2006, les informamos de que IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U., en cumplimiento de lo establecido en los Reales Decretos 1434/2002 y 1454/2005, tiene habilitado un sistema de acceso al Registro de Puntos de Suministro y de recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los comercializadores de energía eléctrica al que ustedes tienen acceso de forma gratuita y permanente. Dicho acceso se efectúa a través de la página Web www.iberdrola.es/CanalWeb/ServietAutenticacion mediante las claves que ustedes usan diariamente y a través de un intercambio de ficheros XML estandarizado. La información contenida en dicho Registro de Puntos de Suministro incluye todos y cada uno de los datos que el artículo 4 del real Decreto 1454/2005 nos obliga a poner a su disposición."

En la página Web <http://www.iberdrola.es/CanalWeb/Autenticación/Home/jsp> en Envío Manual > PO.01 Información del registro de Puntos de Suministro > Página 1 se encuentra la página de acceso a la información solicitada en la cuál, para lograr dicha información es imprescindible tener conocimiento de los datos de emisor, destino, código de solicitud, secuencial de solicitud, CUPS, fecha de solicitud, hora de solicitud y código del contrato actual.

9º) Con fecha 30 de abril de 2007 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia escrito (versión consolidada y subsanada) de D. E. G. S. de la M., en nombre y representación de Centrica Energía, S.L.U. en el que formula denuncia contra las distribuidoras de energía, en este caso Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U., por supuestas conductas contrarias a la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en la denegación de acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS). De acuerdo con la denuncia presentada, las empresas de distribución de energía eléctrica estarían dificultando, mediante las restricciones de acceso a los SIPS, la actividad comercializadora de Centrica. El acceso, regulado por el Real Decreto 1435/2002 de 27 de diciembre, establece las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, modificado por el Real Decreto 1454/2005 por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico.

10º) Con fecha 30 de abril de 2007 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia escrito (versión consolidada y subsanada) de D. E. G. S. de la M., en nombre y representación de Centrica Energía, S.L.U. en el que formula denuncia contra las distribuidoras de energía, en este caso Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U., por supuestas conductas contrarias a la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa

de la Competencia (LDC) consistentes en la denegación de acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puestos de Suministro (SIPS). De acuerdo con la denuncia presentada, las empresas de distribución de energía eléctrica estarían dificultando, mediante las restricciones de acceso a los SIPS, la actividad comercializadora de Céntrica. El acceso, regulado por el Real Decreto 1435/2002 de 27 de diciembre, establece las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, modificado por el Real Decreto 1454/2005 por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico.

11º) El 22 de noviembre de 2007 la Dirección de Investigación solicitó información de certificación de inscripción de Ficheros en el Registro General de Protección de Datos y la copia exacta del contenido de la inscripción de los ficheros inscritos en el Registro General de Protección de Datos en los que figura IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. como responsable. Entregados dichos documentos se posee información relativa a la inscripción el 19 de julio de 2002 de un fichero denominado clientes creado por IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. cuya finalidad es el mantenimiento de la gestión comercial con los clientes; contratación, lectura de aparatos de medida, facturación, gestión de cobros, estadísticas de consumos y demandas de mercado. En la inscripción aparece como responsable del fichero IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. y como encargado del tratamiento IBERDROLA S.A.. Dicho fichero contiene datos de carácter identificativos: NIF, Dirección, Teléfono, Nombre y Apellidos y otro tipo de datos como: circunstancias sociales, información comercial, económicos financieros y de seguros, transacciones. Dichos datos son, según la inscripción, cedidos o comunicados a IBERDROLA S.A; UNESA; VECTOR M; ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS, AYUNTAMIENTOS.

12º) La Dirección de Investigación solicitó a la Agencia Española de Protección de Datos informe contestando a la cuestión de una posible vulneración de la Ley Orgánica 15/1999 al conceder acceso a las empresas comercializadoras de todos los datos contenidos en el Sistema de Información de Puntos de Suministro por parte de las empresas distribuidoras. Tras un análisis pormenorizado, la Agencia Española de

Protección de Datos dice lo siguiente:

"A la vista de todo lo indicado, cabe concluir que la cesión de los datos contenidos en el sistema de información de puntos de suministro sin contar con el consentimiento del afectado en los términos planteados en la consulta no resulta contraria a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, debiendo en todo caso el comercializador utilizar los datos para las finalidades que justifican la cesión, en los términos descritos en este informe y excluyéndose en todo caso de la cesión los datos de los consumidores que hubieran manifestado por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores" (folio 1260 del Expediente de instrucción).

13º) El 10 de enero de 2008 IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A.U. también solicita informe a la Agencia Española de Protección de Datos en relación con los posibles problemas que pueda ocasionar contra la Ley de Protección de Datos la transmisión de la información contenida en los SIPS. La Agencia envía respuesta el 18 de enero de 2008 en la que concluye afirmando la compatibilidad con la Ley de Protección de Datos con dicha actividad, dada la naturaleza de la legislación relacionada. Para llegar a esta conclusión se centra en la normativa sectorial; entre otros, en el Real Decreto 1454/2005 que modificó el Real Decreto 1435/2002, y que no establece condicionamiento alguno al acceso por los comercializadores de los datos

contenidos en la citada base de datos, debiendo analizarse, precisa la AEPD, en el presente informe si el acceso en los términos a los que se acaba de hacer referencia resulta conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999. Las empresas comercializadoras deberán ser respetuosas con el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1999, a cuyo tenor " *los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos* ". De este modo el uso de la información debería limitarse únicamente a los fines vinculados con los principios de libre competencia.

14º) Aunque la modificación del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 eliminaba la necesidad de un desarrollo reglamentario al respecto, la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008, introduce nuevas obligaciones en relación con el SIPS con el objetivo de " *...facilitar el acceso a estas bases de datos y de promover la competencia* ". Estas obligaciones se plasman en la Disposición Adicional Tercera (folios 1210 y 1211) y afectan a la homogeneización del contenido de los registros, las condiciones de mantenimiento y acceso a las mismas. Concretamente, respecto al acceso establece lo siguiente:

"3. Las empresas distribuidoras no podrán establecer condición alguna al acceso y tratamiento de estos datos por parte de los comercializadores o de la Oficina de Cambio de Suministrador, ni exigir en ningún caso que éstos les proporcionen dato alguno como condición previa de acceso a su base de datos, entre ellos: el Código Universal del Punto de Suministro, CIF, NIF o NIE del titular de dicho punto de suministro o número de contrato en vigor de cada punto de suministro concreto, para el cual deseen consultar la base de datos. "

15º) Tras la publicación de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, UNESA recurre contra la citada Orden. Se decide por la Audiencia Nacional la suspensión cautelar mediante el Auto de 13 de febrero de 2008. Dicha medida cautelar se mantendrá hasta el día 16 de mayo de 2008, fecha en la cual se levantará la suspensión cautelar de la Disposición Adicional Tercera de la Orden.

16º) Con fecha 30 de abril de 2008 la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) presenta Informe - Propuesta en el que se analiza la denuncia presentada por CENTRICA y se propone al Consejo de la CNC que declare la existencia de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U. consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de distribución de electricidad negando el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro en los términos establecidos por la normativa sectorial. Que se declare la existencia de una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE por parte de Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U. consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de distribución de electricidad consistente en la transmisión discriminatoria de información a Iberdrola S.A. Que se intime a Iberdrola Distribución Eléctrica S.A.U. para que en el futuro se abstenga de realizar prácticas semejantes.

17º) Con fecha 22 de mayo de 2008 IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. envía carta a las comercializadoras " *IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. ha tenido conocimiento del reciente Auto de la Audiencia Nacional por el que se levanta la suspensión cautelar de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre de 2007, en su día acordada por la Audiencia Nacional. En*

cumplimiento de lo dispuesto en esta norma y como continuación de nuestros anteriores escritos sobre este asunto, le instamos a que se ponga en contacto con esta compañía en el teléfono 917843705 para concretar el día y la hora de entrega en nuestras oficinas (C/ Tomás Redondo, 1, Madrid) de un soporte informático que contiene los datos relativos a los puntos de suministro conectados a la red de Iberdrola Distribución a los que hace referencia el Anexo VII de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre de 2007, excepción hecha de los relativos a aquellos clientes de esta compañía que se han opuesto por escrito a esta cesión. [...]". A la vista de los documentos aportados por la parte se puede establecer que la comunicación tiene un carácter general en relación con los comercializadores.

18º) El día 2 de junio de 2008 se realiza la entrega a CENTRICA en soporte informático (DVD) de los datos contenidos en el sistema de información de puntos de suministro. *"Ambas partes se reconocen capacidad legal suficiente para la firmeza de la presente ACTA DE ENTREGA DE SOPORTE FÍSICO INFORMÁTICO, que llevan a efecto en este acto, mediante la entrega por parte de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U., a la mercantil COMERCIALIZADOR CENTRICA ENERGÍA, S.L.U., que lo recibe, de un DVD con referencia 03H70805290481, que contiene los datos relativos a los puntos de suministro conectados a la red de IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. a los que hace referencia el Anexo VII de la Orden ITC/3806/2007, de 28 de diciembre de 2007, excepción hecha de los relativos a aquellos clientes que se han opuesto por escrito a esta cesión"*.

19º) Según los datos de la CNE la cuota del IBERDROLA como grupo en términos de energía suministrada no varía prácticamente desde 2001 a 2006 al igual que la cuota de mercado.

En 2006 la comercializadora Iberdrola SA. y con base a los datos del propio regulador, concentraba el 80% de grandes consumidores clientes y el 91% de pequeños consumidores clientes en las redes de la distribuidora IBERDROLA DISTRIBUCION. El grupo Iberdrola en 2006 suministró al mercado peninsular 93.336 GWh, de los que 29.865 GWh correspondieron a consumidores domésticos. En este último segmento de consumo, 27.342 GWh correspondieron al mercado regulado y 2.523 al liberalizado.

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

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

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

mercado como agente económico monopolista y como consecuencia de la regulación de este mercado.

La codemandada en su escrito de conclusiones considera igualmente que no existe justificación objetiva de la conducta de IBERDROLA, que el SIPS no le pertenece a la actora, y por tanto obligarle a permitir el acceso a sus competidores no limita su derecho, y que la conducta de la actora estaba objetivamente dirigida a la exclusión de la competencia en perjuicio de los consumidores; siendo inoperantes los argumentos relativos a que la conducta no entraña beneficio alguno para IBERDROLA o que la tasa de fidelidad al comercializador de su grupo no es tan elevada como para que la negativa de acceso al SIPS haya podido producir efecto. Considera, en definitiva, que la conducta imputada por la CNC estaba objetivamente dirigida a la exclusión de la competencia en perjuicio de los consumidores.

4. El Real Decreto 1435/2002 en su artículo 7 establecía la creación del Sistema de Información de Puntos de Suministro disponiendo:

"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) Tarifa en vigor, de suministro o acceso.*
- g) Tensión de suministro.*
- h) Derechos de extensión reconocidos.*
- i) Derechos de acceso reconocidos.*
- j) Potencia máxima autorizada por boletín de instalador autorizado.*
- k) Potencia máxima autorizada por acta de autorización de puesta en marcha de instalaciones de alta tensión.*
- l) Tipo de perfil de consumo.*
- m) Tipo de equipo de medida.*
- n) Propiedad del equipo de medida.*
- ñ) Fecha de la última lectura.*

- o) Disponibilidad de Interruptor de Control de Potencia.*
- p) Consumo del último año natural (por discriminación horaria y por meses).*
- q) Potencias contratadas en cada período.*
- r) Fecha del último movimiento de contratación.*
- s) Fecha límite de los derechos reconocidos de extensión.*

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.

3. Los comercializadores podrán acceder a los datos siguientes de este registro, en la forma y con los requisitos que establezcan las disposiciones de desarrollo del presente Real Decreto:

- a) Empresa distribuidora.*
- b) Ubicación del punto de suministro.*
- c) Población del punto de suministro.*
- d) Provincia del punto de suministro.*
- e) Tensión de suministro.*
- f) Derechos de extensión reconocidos.*
- g) Derechos de acceso reconocidos . "*

El Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, da nueva redacción al artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 , incrementándose los datos a los que tiene acceso el comercializador .

"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."

La Orden ITC 3860/2007 de 28 de diciembre, revisa las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 y en su Disposición Adicional Tercera regula el "Desarrollo de las condiciones de mantenimiento y acceso relativas a las bases de datos de puntos de suministro" en los siguientes términos:

"1. Las empresas distribuidoras deberán mantener los registros de las bases de datos de puntos de suministro referidas en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, completos de forma permanente y garantizar el contenido actualizado de cada uno de los datos que componen dichas bases, conforme a los términos estandarizados establecidos en el anexo VII de la presente orden.

2. Los comercializadores inscritos en la sección correspondiente del Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en Mercado, así como la Oficina de Cambio de Suministrador definida en el artículo 47 bis de la Ley del Sector Eléctrico, modificada por Ley 17/2007, de 4 de julio, podrán acceder gratuitamente a las bases de datos de puntos de suministro de cada empresa distribuidora.

3. Las empresas distribuidoras no podrán establecer condición alguna al acceso y tratamiento de estos datos por parte de los comercializadores o de la Oficina de Cambio de Suministrador, ni exigir en ningún caso que éstos les proporcionen dato alguno como condición previa de acceso a su base de datos, entre ellos: el Código Universal del Punto de Suministro, CIF, NIF o NIE del titular de dicho punto de suministro o número de contrato en vigor de cada punto de suministro concreto, para el cual deseen consultar la base de datos.

4. Las empresas distribuidoras deberán garantizar el acceso a las bases de datos de puntos de suministro a través de medios telemáticos. En particular, las empresas distribuidoras deberán contar con los medios necesarios para que cualquier comercializador o la Oficina de Cambio de Suministrador, pueda descargar y proceder al tratamiento de los datos referidos a la totalidad de los puntos de suministro conectados a las redes del distribuidor y a las redes de transporte de su zona, así como llevar a cabo una selección detallada de los puntos de suministro respecto a los cuales quiere acceder a sus datos, en función de las diferentes categorías de datos que componen las citadas bases.

5. A partir de la entrada en vigor de la presente orden, y sin perjuicio del derecho de acceso a las bases de datos a través de medios telemáticos establecido en el apartado 4 anterior, las empresas distribuidoras deberán remitir a la Oficina de Cambio de Suministrador, o a los comercializadores que lo soliciten, 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 a través de un soporte físico informático que permita su inmediata y efectiva disposición y tratamiento. La empresa distribuidora deberá remitir dicha información en el plazo máximo de quince días desde la fecha de solicitud por

parte del comercializador.

6. Los comercializadores que hagan uso de la información que figura en las bases de datos de puntos de suministro de las empresas distribuidoras, a tenor de lo contemplado en la presente disposición y en el artículo 45.1.i de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, deberán garantizar la confidencialidad de la información contenida en las mismas."

Por Orden ITC/694/2008 se introdujo un apartado séptimo en la Disposición Adicional Tercera de la ITC/3860/2007 (idéntico a lo dispuesto en el artículo 7.2 del RD 1435/2002 en su redacción dada por el RD 1454/2005) de forma que los consumidores pueden manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores.

La suspensión de la D.A. 3ª de la Orden se acordó por Auto de esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2008 y se mantuvo hasta el día 12 de mayo de 2008.

Solicitado informe a la Agencia de Protección de Datos en relación con el Anexo VII de la Orden ITC 3860/2007, en el mismo se efectuaron las siguientes consideraciones:

"El Anexo VII de la Orden ITC/3860/2007 incorpora una serie de datos que podrían permitir la identificación de los consumidores finales sin que dicha identificación exigiera esfuerzos desproporcionados. Entre tales datos, se señala que la ubicación del punto de suministro incluirá la dirección completa, incorporando "tipo de vía, nombre de la vía, número, piso (y) puerta". Ello podría permitir al comercializador que accediera, en su caso, a la información identificar, a través de los datos mencionados y de los que pudieran contenerse en otros ficheros o fuentes accesibles al público, al consumidor final.

Por ello, ha de concluirse que la base de datos de punto de suministro, regulada por las normas a las que se ha hecho referencia, se encuentra sometida a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, por lo que el acceso a dicha base por parte de los comercializadores deberá respetar las disposiciones de la misma.

De las normas que se acaban de citar, contenidas todas ellas en una norma con rango suficiente, la Ley 54/1997, se desprende, por una parte, la obligación de las empresas de distribución de mantener la base de datos de puntos de suministro y, por otra, el derecho de las empresas comercializadoras a "acceder a los datos de los consumidores que reglamentariamente se determinen", constituyendo además infracción de la Ley por parte de los distribuidores la obstaculización de la consulta de la base de datos de puntos de suministro.

Por tanto, como punto de partida, ha de indicarse que los artículos citados otorgarían cobertura a la cesión a las comercializadoras de los datos contenidos en la base de datos de puntos de suministro que habrán de mantener según la Ley

En consecuencia, cabe considerar que la cesión, habilitada por la Ley 54/1997 y especificada en cuanto a los concretos datos objeto de la misma por las normas citadas resulta amparada por el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, siendo además la misma respetuosa del principio de proporcionalidad consagrado por el artículo 4.1 de la citada Ley Orgánica. "

Al final concluye entre otros extremos:

"CUARTO. En cuanto a la norma con rango de Ley que habilitaría, conforme al artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999 , la cesión de los datos, sería la Ley 54/1997, cuyo artículo 41 impone a los distribuidores la obligación de llevar a cabo la base de datos y su cesión, reconociendo igualmente el artículo 44 el derecho de los comercializadores a acceder a tales datos.

Junto con estas habilitaciones, debe tenerse en cuenta, a fin de determinar la finalidad legítima que justificará la cesión, lo dispuesto en los artículos 1.3, 2.1, 11.3 y 45.2 de la propia Ley, que consagran los principios de libre competencia en la actividad de suministro y de libre elección de suministrador por parte de los consumidores, que sólo podrían llevarse a efecto mediante la adopción de una medida como la descrita en los artículos 41.1 m) y 45.2 d) de la Ley 54/1997 .

En consecuencia, la Ley delimita la finalidad, el alcance y los destinatarios de la cesión, quedando así amparada en lo dispuesto en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999 . "

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

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

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

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

SIPS por parte de los comercializadores, sosteniendo que incluso la prohibía. En resumen: a juicio de la actora, su obligación de confidencialidad era superior a su obligación de dar acceso al SIPS a las comercializadoras.

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

Es evidente a juicio de esta Sala que no era esta la finalidad de la conducta de la actora: como señala el Abogado del Estado en su escrito de conclusiones *"tanto la letra como el espíritu de dicha normativa tiene por objeto promover la competencia en el mercado de la comercialización y evitar que se traslade el monopolio 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.

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

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

Como concreta la codemandada, la negativa de acceso al SIPS es equivalente a una negativa de suministro de información esencial para estructurar ofertas comerciales de

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

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

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

Debe en consecuencia desestimarse igualmente este motivo de recurso.

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

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

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

Todo ello origina barreras a la entrada de comercializador en el mercado y reduce la competencia en beneficio de las comercializadoras de los grupos ya instalados, que son compañías verticalmente integradas."

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

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

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

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

Al respecto efectúa una serie de consideraciones generales sobre el elemento subjetivo de culpa o negligencia que ha de concurrir para imputar cualquier infracción administrativa y aplicación a los casos de abuso de posición de dominio. Así, en primer lugar, considera la recurrente que la existencia de los informes de la AEPD a los que se refiere la demanda, ponen de relieve que no fue hasta la Ley 17/2007 que existió habilitación legal para la cesión pretendida por la codemandada, cuya solicitud para acceder pasiva e incondicionadamente al SIPS se produce el 6 de octubre de 2006, varios meses antes de la Ley 17/2007. Y añade a los referidos informes, el Auto de 13

de febrero de 2008 de esta misma Sala (Sección Primera) que suspendió cautelarmente la Disposición Adicional Tercera de la Orden 3860/2007 y que, - continúa alegando la demandante - entendió en un análisis "prima facie" propio de aquél momento procesal en que fue dictado, que la cuestión planteaba dudas fundadas sobre su compatibilidad con la Ley y, en definitiva, eliminaría el elemento culpabilístico necesario para sancionar en el caso.

Y, con carácter estrictamente subsidiario, alega la falta de proporcionalidad de la sanción de quince millones de euros.

En efecto, entiende que si procediera sancionar, la multa impuesta resultaría " *total y absolutamente desproporcionada* ".

A este respecto destaca la exigencia de motivar adecuadamente las razones por las cuales impone una sanción en una cuantía determinada, cuando existe una graduación de sanciones que pudieran imponerse.

La justificación ofrecida por la CNC en el fundamento jurídico " *OCTAVO* " a fin de graduar la sanción del caso resulta ser la siguiente:

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

Finalmente, el Consejo considera que estas prácticas se han extendido en el tiempo, en contra de una normativa liberalizadora que obligaba a la distribuidora a mantener un acceso al SIPS incondicionado y con medios telemáticos perfectamente actualizados, al menos desde la reforma del artículo 7 de Real Decreto 1435/2002 en 2005 , mediante Real Decreto 1454/2005. Por otra parte, no le impidió favorecer a la comercializadora del grupo de forma discriminatoria desde 2002, facilitándole una información comercial que rompía con la neutralidad que debería haber observado frente a todos los operadores comercializadores. No obstante, desde el punto de vista de los efectos, el Consejo tiene que tener en cuenta que otras circunstancias también han incidido negativamente en el desarrollo de la comercialización de electricidad en el mercado liberalizado, como por ejemplo la del llamado déficit de tarifa. Del mismo modo, considera que este tipo de prácticas tiene fundamentalmente efectos muy negativos sobre aquellos consumidores finales de electricidad, especialmente los domésticos, para los que no se justifica incurrir en ciertos costes de comercialización en razón de su nivel de consumo y que, por lo tanto, ven reducida su libertad de elección al no poder acceder esos comercializadores al mercado de suministro."

Ahora bien, una vez determinado que la conducta es típica (esto es, que constituye

un abuso de posición de dominio), la graduación de la sanción, tal y como se alega por la recurrente, tiene que responder necesariamente a la mayor o menor gravedad de los efectos de la conducta en el mercado, lo que necesariamente conlleva un análisis cuantitativo que vendría impuesto precisamente por el principio de proporcionalidad invocado. Así lo impone la dicción del artículo 131.3 de la LRJPAC, a cuyo tenor " se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada ", en relación con lo previsto en el artículo 10.2 d) de la LDC que establecía que uno de los criterios para determinar el importe de la sanción es " el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales " será uno de los parámetros de graduación de la sanción.

El artículo 10.2 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia de aplicación al caso disponía: *"La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia. b) La dimensión del mercado afectado.c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios. e) La duración de la restricción de la competencia. y f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas."*

El legislador ha establecido por tanto no sólo el límite máximo de la sanción correspondiente sino también los factores cualitativos sobre los que fundar la graduación, criterios que está obligada a aplicar la Administración por cuanto son los fijados específicamente por el legislador en la Ley de Defensa de la Competencia para graduar las mismas. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2008 (recurso de casación 3063/2005) en relación al artículo 10.2 de la Ley 16/1989 *"Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio artículo 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia, que de razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso"* si bien precisa la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 citada por el codemandado que resulta *"inevitable otorgar al Tribunal de Defensa de la Competencia un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de "dosimetría sancionadora" rigurosamente exigibles"*.

Y es que una cosa es que en el plano de la tipicidad, los menores o mayores efectos no sean relevantes para la calificación de la conducta y otra cosa es que se pueda prescindir de cuáles hayan sido los efectos de la restricción de la competencia a la hora de graduar la sanción.

Así en nuestras SSAN de 3 de noviembre de 2008 y de 22 de diciembre de 2003 analizábamos la cuestión relativa a la proporcionalidad de la sanción en casos en que aquélla se impuso atendiendo a la posibilidad de incrementarla hasta el 10% del volumen de ventas, y excediendo, por tanto, de la antedicha suma prevista en el artículo 10 de la LDC y decíamos que el contenido del tipo infractor no puede servir de referente para la graduación de la sanción, pues la gravedad de la conducta ya viene reconocida por el legislador al tipificarla y atribuirle la correspondiente sanción en abstracto, que lo es para la conducta descrita. Por ello reiterábamos la necesidad de

atender a otras consideraciones, al margen de la conducta tipificada, para la individualización de la sanción, pues la Administración debería haber motivado porqué procede superar ese límite ordinario, lo que no ha hecho, al margen de referirse a la cuota de mercado o al volumen de electricidad suministrado que autorizarían a imponer la sanción en el grado máximo de la prevista pero sin el incremento señalado en el artículo 10 de la LDC a la sanción vigente.

En todo caso el Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, STS de 15 de julio de 2002) que *"el principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional, pues la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida."*

Pues bien, la Sala ya ha tenido ocasión de tomar en consideración las circunstancias concurrentes en la realización de la conducta imputada (SSAN de 11-5-2010, Rec. nº 228/2009 ; de 26-5-2011, Rec. nº 229/2009 ; y de 29-3-2011, Rec. nº 270/2009), particularmente el déficit tarifario así como las demás a que se refiere la CNC en su resolución, siendo así que la Sala ha entendido en todos los casos proporcionada la sanción, aún en el caso de mayor importe (15.000.000 € al igual que aquí) por haber sido, impuesta la sanción en el grado mínimo.

Particularmente en la sentencia recaída en el Rec. nº 229/2009 razonamos:

"SEXTO : En cuanto a la graduación de la sanción, se afirma en la Resolución:

"En el presente caso la gravedad de la infracción resulta indudable. Las autoridades, tanto nacionales como comunitarias, han mostrado su empeño por promover la competencia en el mercado de un bien básico, como es la energía eléctrica, input a su vez de la mayor parte de actividades económicas. Para ello, es notorio que el legislador ha tratado de eliminar obstáculos a la entrada de nuevos comercializadores y de asegurar un trato no discriminatorio hacia ellos por parte de los operadores integrados verticalmente. La conducta de ENDESA viene a frustrar los esfuerzos del legislador. Valiéndose de la posición de dominio que le confiere el monopolio legal que ostenta sobre la red de distribución, ha cometido un abuso que tenía la intencionalidad y la aptitud de obstaculizar la entrada a nuevos competidores. Asimismo, ha desafiado el principio de no discriminación, actuando cuando menos, de forma no neutral frente a sus competidores, en un momento en el que el proceso de liberalización era todavía incipiente y la información sobre clientes, clave. Ambas infracciones deben valorarse en conjunto, porque obedecen al mismo fin de preservar la posición de ENDESA dificultando la salida de los clientes al mercado libre, en particular, en detrimento de sus competidores.

Como ya ha manifestado, este Consejo es consciente de que las prácticas analizadas no son el único obstáculo al que los comercializadores ha tenido que hacer frente para desarrollar su actividad en el mercado y que otros factores, como el déficit tarifario, han debido afectar a los incentivos de los entrantes a la hora de diseñar sus políticas comerciales y ofertar sus productos. Este Consejo también toma en cuenta la alegación de ENDESA DISTRIBUCIÓN respecto a 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.

En vista de todo ello, de los datos que obran en los Hechos Probados 11 y 12 de la

presente Resolución y dado el peso del grupo ENDESA en la actividad de suministro a clientes domésticos, este Consejo ha decidido imponer una sanción a ENDESA ENERGIA por una cuantía de 15.300.000€."

En el ejercicio de 2008 Endesa ha facturado del ejercicio 2008, en el que ha facturado 12.632 millones de euros en España y Portugal y 21.728 millones de euros en global.

Vemos pues que la sanción ha impuesto en el grado mínimo y se ha considerado para su graduación que la conducta imputada no es la única circunstancia que distorsiona la competencia en el mercado.

Por otra parte, aún admitiendo que sólo la facturación de Endesa Distribución ha de tenerse en cuenta, también la sanción se habría impuesto en su grado mínimo.

Se observado por ello la proporcionalidad."

9. De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **IBERDROLA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.A.U. ("IBERDROLA DISTRIBUCION")**, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 2 de abril de 2009, a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar dicha resolución impugnada, por su conformidad a Derecho.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo.