

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación:	04/05/2010
Fecha Sentencia:	11/05/2010
Núm. de Recurso:	0000228/2009
Tipo de Recurso:	PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General:	03117/2009
Materia Recurso:	MULTA
Recursos Acumulados:	
Fecha Casación:	
Ponente Ilma. Sra. :	D ^a . MERCEDES PEDRAZ CALVO
Demandante:	EON DISTRIBUCION S.L.
Procurador:	MARÍA JESÚS GUTIÉRREZ ACEVES
Letrado:	
Demandado:	COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado:	CENTRICA ENERGIA S.L.U.

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: DESESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

Multa.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000228/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03117/2009
Demandante: EON DISTRIBUCION S.L.
Procurador: MARÍA JESÚS GUTIÉRREZ ACEVES

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: CENTRICA ENERGIA S.L.U.
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a once de mayo de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo 228/2009 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales Sra. Gutiérrez Aceves en nombre y representación de **EON DISTRIBUCION S.L.** frente a la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 2 de abril de 2009, siendo la cuantía del recurso indeterminada y siendo codemandado **CENTRICA ENERGIA S.L.U.** representada

por el Procurador Sr. Domínguez Maestro. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 4 de julio de 2007 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso, y se declare nula la resolución impugnada.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La representación procesal de la codemandada igualmente contestó a la demanda para solicitar su desestimación, exponiendo los fundamentos de hecho y de derecho que consideró de aplicación.

CUARTO.- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

La parte actora había solicitado la celebración de vista oral, solicitud desestimada por la Sala, mientras la codemandada manifestó que procedía dictar sentencia.

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 4 de mayo de 2010 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 2 de abril de 2009 por el que se acuerda:

***“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.*

***CUARTO.-** Ordenar a la entidad sancionada la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos diarios de información general, uno de ámbito nacional y otro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria en el plazo de un mes desde la fecha de notificación de la Resolución.*

En caso de incumplimiento de lo anteriormente dispuesto, se le impondrá a la que lo incumpla una multa de EUROS SEISCIENTOS (€ 600), por cada día de retraso.

***QUINTO.-** El sancionado justificará ante la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados”.*

SEGUNDO.- Se declaran probados los siguientes hechos:

1.- Centrica 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, Centrica ofrece a sus clientes la posibilidad de formalizar contratos de energía y, simultáneamente, encomendar a la propia Centrica 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 "descendientes" 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, Centrica 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 Centrica.

6-. El 2 de enero de 2008, Centrica 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.

9.- El 30 de mayo de 2008, Viesgo Distribución envió a Centrica un CD con información que según comunica Centrica 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.

La hoy actora, en relación con estos hechos, señala que Centrica solicitó el acceso telemático completo a todos y cada uno de los puntos de suministro conectados a las redes de distribución de EON Distribución sin aportar el CPUS (Código Universal de Punto de Suministro) de los clientes. En primer lugar lo solicitó mediante burofax de 9 de octubre de 2006 a la que respondió EON D. por carta de 14 de noviembre de 2006 señalando que podía acceder a su base de datos SIPS a través de las modalidades gratuitas que tenía disponibles y tener la información de todos y cada uno de sus clientes previa presentación de los correspondientes CUPS. Alega que con este proceder pretendía salvaguardar la garantía de confidencialidad sobre la información de sus clientes.

Señala igualmente que el segundo requerimiento de Céntrica se llevó a cabo mediante burofax de fecha 2 de enero de 2008, al que respondió mediante fax de 17 de enero de 2008 en el que ponía en su conocimiento que la D.A. 3 de la OITC 3860/2007 había sido impugnada ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, y solicitada la medida cautelar de suspensión de la ejecución, acordada el 13 de febrero.

Y que cuando dicha suspensión cautelar fue dejada sin efecto, el 12 de mayo de 2008, EON D. dio acceso a su SIPS a Céntrica en las condiciones solicitadas por esta.

TERCERO- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse en que no concurren los elementos imprescindibles del tipo infractor, el abuso de posición de dominio, porque la conducta llevada a cabo por la actora:

1º estaba justificada objetivamente en la legislación vigente en el momento en que se produjeron los hechos;

2º no puede ser abusiva porque el acceso al SIPS de EON D. no es un imput necesario para que las comercializadoras de electricidad puedan desarrollar su actividad en el mercado nacional de la comercialización de energía eléctrica; y

3º no tiene capacidad para producir efectos restrictivos de la competencia en el mercado de la comercialización de energía eléctrica.

Por su parte el Abogado del Estado alega que el espíritu y finalidad de la normativa de aplicación al supuesto enjuiciado es lograr que con una mejora de las condiciones de suministro, los clientes domésticos, el 97,40 de los cuales están a tarifa, pasen al mercado libre. A tal fin se estableció que la información SIPS se cediera de manera masiva e incondicionada a las comercializadoras. La reforma de la Orden 694/2008 no fue relevante a los efectos estudiados porque lo único que hizo fue reconocer la posibilidad de que los clientes pudieran negarse expresamente a que se cedieran sus datos, no afectando en modo alguno a lo dispuesto en el Real Decreto que desarrolla y que es el que establece la obligación de ceder la información.

En tal sentido, considera que no puede prosperar la alegación relativa a que EON D. condicionó por esta razón la entrega de la información de los SIPS a la presentación de los CUPS, máxime cuando esta normativa no vulnera la ley de protección de datos de carácter personal.

Alega igualmente que el acceso a la información de los SIPS es esencial para que pueda existir competencia en el mercado de la energía eléctrica, pues sin esa información no se puede contactar a los clientes y presentarles ofertas, máxime si antes tiene que lograr los CUPS, para lo que debe realizar unos gastos que hacen económicamente inviable el acceso al mercado. Sostiene con la resolución impugnada que el resultado de la conducta analizada ha consistido en obstaculizar la realización de ofertas por parte de las comercializadoras, lo que a su vez produce que se retrase la salida al segmento libre del mercado desde el segmento a tarifa de los clientes domésticos, que se mantenga la fidelización de los clientes a las filiales

comercializadoras de las empresas de distribución y a compartimentar la parte del mercado que se corresponde con la zona de la red de la empresa distribuidora.

La codemandada por su parte razona que para la obtención de los datos del cliente que EON D. le requería para darle acceso al SIPS el comercializador tenía que realizar de cara al cliente final una acción comercial previa con costes de captación y comercialización individualizados y esto solo para lograr que EON D. le diera acceso al SIPS, y como tales datos “de acceso” aparecen en las facturas que emite EON D. a sus clientes, junto con otros relevantes para confeccionar una oferta de suministro, como son potencias, consumos de energía activa y reactiva, propiedad del equipo de medida etc, desaparecía todo interés en consultar el SIPS. Al tiempo, si después de obtener todos esos datos Céntrica hubiese pedido el acceso al SIPS, estaría revelando a un competidor la identidad de sus clientes prospectivos y de este modo poniendo en peligro la captación de dichos clientes. Si Céntrica hubiera podido acceder al SIPS sin presentar los datos que le fueron requeridos, podía planificar de forma más eficiente su acción comercial de captación de nuevos clientes.

Considera que con la actuación de la demandante el SIPS se convirtió en inoperante a los efectos para los que fue establecido. Señala que el CUPS es uno de los datos del SIPS, que cuando denegó el acceso a este no efectuó mención alguna a la LOPD, que las personas jurídicas no están protegidas por esta Ley y también se negó el acceso para estas.

En cuanto a la necesidad o utilidad de acceso al SIPS, además de que es un instrumento esencial, considera que EON D. no tiene derecho a disponer de él, remitiéndose al informe de la CNE sobre la doble función del SIPS.

En el escrito de conclusiones, la actora alega que su conducta respondía al cumplimiento de las obligaciones que le imponía la legislación sectorial vigente, y por ello siempre ha tenido justificación objetiva. Que la conducta denunciada no puede ser abusiva porque el acceso al SIPS de EON D. no es un imput necesario para que las comercializadoras puedan desarrollar su actividad en el mercado nacional de suministro de energía eléctrica y finalmente, que la conducta denunciada no tiene capacidad para producir efectos restrictivos en el mercado de comercialización de energía eléctrica.

El Abogado del Estado en este trámite sostuvo que, en contra de lo afirmado por la demanda y las conclusiones de la actora, la conducta sancionada si 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 que 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 EON D. 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.

CUARTO- 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 media.*
- 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, la 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 llevanza de 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. “

QUINTO- 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.

SEXTO.- 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 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 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 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.

SEPTIMO-. 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.

OCTAVO-. 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.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **EON DISTRIBUCION 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.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.

