



AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección : 006

MADRID

PO530 OFICIO REMITE TESTIMONIO SENTENCIA A LA ADMON

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2009 0004068

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000270 /2009 MD**

Recurrente: **HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION ELECTRICA,S.A.**

A efectos informativos y con el fin de que se tenga constancia en ese Organismo de la Sentencia recaída en esta Sección en los autos reseñados al margen, seguidos a instancia de **HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION ELECTRICA,S.A.** , adjunto remito testimonio de la misma, con significación de que **no es firme, al haberse preparado recurso de casación** por la parte recurrente.

Sírvase disponer acuse recibo.

En MADRID, a tres de junio de dos mil once.

EL SECRETARIO JUDICIAL


FDO. : VICTOR GALLARDO SANCHEZ



COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

ENTRADA

RegOf: 4385 / RG 4385

27/06/2011 11:53:47

COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000270/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03477/2009
Demandante: HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN ELECTRICA SAU
Procurador: D. CARLOS MAIRATA LAVIÑA

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: CENTRICA ENERGIA SLU
Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

SENTENCIA N^o:

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

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

Madrid, a veintinueve de marzo de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 270/09 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN ELECTRICA SAU** representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 22 de abril de 2009 (expediente 645/08 Céntrica/Hidrocantábrico) sobre conductas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y artículo 82 del Tratado de la Unión

Europea consistentes en la denegación de acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS). La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. Ha intervenido como codemandada CENTRICA ENERGIA SLU representada por el Procurador Sr. Domínguez Maestro. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 22 de abril de 2009 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución en el expediente 645/08 Céntrica/Hidrocantábrico sobre conductas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia con la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO. Declarar que ha resultado acreditada la infracción por HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN del artículo 6 de la Ley 16/1989 y del artículo 82 del TCE, consistente en abusar de su posición de dominio como distribuidor eléctrico negando a los comercializadores el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro.

SEGUNDO. Imponer a HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN una multa sancionadora de OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL EUROS (833.000€) por la comisión de las conductas prohibidas.

TERCERO. Instar a HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN a que en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras equivalentes que puedan obstaculizar, directa o indirectamente, el acceso masivo e incondicionado al SIPS en los términos previstos en la normativa.

CUARTO. Imponer A HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN la publicación, en el plazo de dos meses, a su costa, de la parte dispositiva de esta Resolución, en el Boletín Oficial del Estado y en la Sección de Economía de dos diarios de información general entre aquellos de mayor difusión a escala nacional.

QUINTO.- La Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia vigilará y cuidará del cumplimiento de esta Resolución. HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN justificará ante la Dirección de Investigación el cumplimiento de la totalidad de las obligaciones impuestas en los anteriores apartados. En caso de incumplimiento de alguno de ellas, se le impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso."

SEGUNDO: El 1 de junio de 2003 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección Sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 28 de enero de 2010 la parte solicitó "dicte sentencia por la que, estimando íntegramente el recurso

declare la nulidad de pleno derecho de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 22 de abril de 2008 que es objeto de la presente impugnación” .

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda así lo hizo en escrito de 29 de marzo de 2010 en el que solicitó la desestimación del recurso. Personado como codemandada la entidad CENTRICA ENERGIA SLU representada por el Procurador Sr. Domínguez Maestro presentó escrito el 7 de septiembre de 2010 oponiéndose a la estimación del mismo.

Solicitado el recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes, y presentadas conclusiones quedaron el 17 de diciembre de 2010 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 15 de marzo de 2011 en que así tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El objeto del recurso es determinar si es conforme a derecho la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 22 de abril de 2009 (expediente 645/08 Céntrica/Hidrocantábrico) que declara que Hidrocantábrico Distribución Eléctrica SAU infringió el artículo 82 TCE y el artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de julio al abusar de su posición de dominio al negar el acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) que estaba obligada a disponer.

La conducta imputada es que Hidrocantábrico Distribución Eléctrica SAU (HCDE) permitía el acceso de las comercializadoras a los datos del Sistema de Información de Puntos de Suministro de forma individualizada y tras la aportación del CUPS y del número de contrato y en concreto que no ha permitido el acceso completo a los datos del SIPS a Céntrica Energía SLU. Dicho acceso masivo y sin condiciones al SIPS se solicitó expresamente por Céntrica mediante burofax remitido el 9 de octubre de 2006 al amparo de lo dispuesto en el artículo 4.5 del Real Decreto 1454/2005 (que modifica la redacción del artículo 7 del RD 1435/2002). En respuesta a esa petición Hidrocantábrico se remitió al sistema de acceso descrito (individual previa aportación del CUPS y número de contrato). Dicho acceso masivo y sin condiciones se volvió a solicitar por Céntrica el 2 de enero de 2008 al amparo de lo dispuesto en la orden ITC/3860/2007. En respuesta a esa petición Hidrocantábrico indicó que UNESA había interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra dicha orden solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma y que su solicitud quedaba condicionada a lo que decidiera el órgano judicial sobre la medida cautelar solicitada. Consta que la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó auto el 13 de febrero de 2008 acordando la medida cautelar solicitada que se mantuvo hasta el 12 de mayo de 2008 fecha en que se dejó sin efecto la misma. El 17 de junio de 2008 la

distribuidora puso a disposición de Céntrica la información requerida poniendo fin a la negativa de acceso incondicionado al SIPS.

Esta conducta se imputa a las cinco mayores empresas distribuidoras de electricidad, todas ellas miembros de UNESA si bien se acordó la tramitación separada de los expedientes (ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA SLU, expediente 641/08, UNION FENOSA DISTRIBUCION SA, expediente 642/08, ELECTRA DE VIESGO DISTRIBUCION SL, expediente 643/08, IBERDROLA DISTRIBUCION ELECTRICA SAU, expediente 644/08, HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN ELECTRICA SAU, expediente 645/08. En este recurso se va a examinar la conformidad a derecho de la resolución dictada en este último expediente 645/08.

Indicar que esta sección sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ya ha dictado sentencia el 11 de mayo de 2010 (recurso 228/09) en que se impugnaba la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2009 referida al expediente ELECTRA DE VIESGO DISTRIBUCION SL expediente 644/08 en el que sanciona la misma conducta (abuso de posición de dominio al negar el acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) y que ha sido declarada conforme a derecho.

La entidad sancionada HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN ELECTRICA SAU (en adelante HCDE) reconoce y admite que negó el acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) pero alega que no cometió la infracción imputada por lo siguiente:

1) En el momento de producirse la solicitud de acceso al SIPS que originó la denuncia, la normativa sectorial vigente no imponía a los distribuidores la obligación de permitir el acceso masivo e incondicionado al Sistema de Puntos de Suministro. El acceso completo e incondicionado a las bases de datos de puntos de suministro no fue exigible hasta el 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008.

2) Su conducta tenía una justificación objetiva derivada de la necesidad de salvaguardar el derecho de los consumidores a mantener la confidencialidad de sus datos y la evolución normativa en este tema ratifica la importancia de preservar el derecho de oposición del cliente a que sus datos sean accesibles por las comercializadoras.

3) HCDE carece de posición de preeminente en el mercado de suministro eléctrico, lo que impide aplicar al presente caso la doctrina del abuso de posición de dominio en mercados conexos.

4) El sistema de acceso seguido por HCDE no obstaculizó el desarrollo de la competencia ya que la información facilitada mediante el sistema de acceso punto por punto es suficiente para desarrollar la actividad de comercialización, siendo ejemplo de ello la propia comercializadora del grupo Hidrocantábrico cuya cuota de comercialización ha crecido extraordinariamente a pesar de que

no ha tenido acceso completo y masivo e incondicionado a las bases de datos SIPS de ninguna distribuidora eléctrica.

5) Por ultimo alega que en caso de que se considere que se hubiera cometido la infracción, la misma carece de motivación ya que en una resolución de 43 páginas sólo se dedican a la motivación 7 líneas y se desconoce cual es el volumen de ventas en el mercado afectado por la infracción que ha considerado la CNC y en todo caso se debía haber apreciado como atenuante la escasa cuota de mercado y el hecho de que la presunta infractora no ha conseguido beneficio alguna como consecuencia de la infracción.

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 la empresa distribuidora sancionada 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 Centrica Energía SLU (actualmente Energy Vm Gestión de Energía) por su parte razona 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. Añade que no es óbice para la existencia de un abuso de posición de dominio el hecho de que la cuota de suministro de energía eléctrica del Grupo no supere el 4%, argumenta sobre la esencialidad del SIPS y finaliza indicando que la sanción esta motivada.

SEGUNDO: Considera el recurrente que hasta la entrada en vigor de la orden ITC/3860/2007 (que se produjo el 1 de enero de 2008) la normativa española no recogía la obligación de las distribuidoras de facilitar a terceros el acceso completo e

incondicionado de sus bases de datos de puntos de suministro, por lo que era lícito entender que la obligación recogida en el artículo 7 del RD 1435/2002 estaba únicamente referida a cada punto de suministro.

La resolución de la CNC realiza en el hecho probado dos una exposición de la normativa aplicable del que se deduce que el contexto en el que el legislador pretende se desarrollen las distintas actividades del sector eléctrico es un contexto de competencia. La norma fundamental es la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del Sector Eléctrico (modificada por la Ley 17/2007) y en su exposición de motivos en cuanto a la comercialización de energía indica *"adquiere carta de naturaleza en la presente ley. No se trata de una posibilidad sometida a la consideración del Gobierno, sino de una realidad cierta, materializada en los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador"* estableciendo el Real Decreto-Ley 6/2000 de 23 de junio de Medidas Urgentes de Intensificación de la competencia en Mercados de Bienes y Servicios en la exposición de motivos que *"se contempla la total liberalización del suministro de energía eléctrica a partir del 1 de enero de 2003"*.

En este contexto se dicta el Real Decreto 1435/2002 de 27 de diciembre que crea en su artículo 7.1 el SIPS (sistema de información de puntos de suministro) que es una base de datos creada y mantenida por la empresa distribuidora en la que se recogen los datos enumerados en el apartado 1 del citado artículo sobre los puntos de suministro conectados a sus redes. La base de datos debía estar formada por 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."*

En cuanto al acceso por parte de las comercializadoras se establecía en el artículo 7.3 *"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"*. Por tanto en la redacción original del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 las comercializadoras no podían acceder a todos los datos del SIPS y quedaba condicionado el acceso a un posterior desarrollo reglamentario.

Pero ese no era el contexto normativo en el que se hizo la petición por parte de la comercializadora a la empresa distribuidora (petición de 9 de octubre de 2006) sino que ese artículo 7 fue modificado por el artículo 4 del Real Decreto 1454/2005 de 2

de diciembre con la finalidad de *“evitar así obstáculos al paso de clientes del mercado regulado al mercado libre”* y como consecuencia de ello se amplían los datos enumerados en el apartado 1 que la distribuidora esta obligada a incluir sobre los puntos de suministro conectados a sus redes (se reordena la enumeración y se añade los siguientes datos: tipo de punto de media, propiedad del equipo del interruptor de control de potencia) y en el artículo 7.2 que antes se limitaba a indicar que *“los consumidores tendrán derecho de “acceso a sus datos contenidos en este registro de forma gratuita”* queda redactado como sigue *“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”*. El artículo 7.3 del RD 1435/2002 que en su redacción original establecía que las comercializadoras no podían acceder a todos los datos del SIPS y condicionaba el acceso a un posterior desarrollo reglamentario desaparece refiriéndose ahora no a las comercializadoras sino a la obligación de la distribuidora a establecer sistemas de acceso telemáticos. Por tanto a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1454/2005 las comercializadoras tenían derecho a acceder a todos los datos del SIPS y no estaba condicionaba el acceso a un posterior desarrollo reglamentario. El único límite venía establecido por el hecho de que *“los consumidores podrán manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores”*.

No existía por tanto ninguna norma que estableciera que el acceso de las comercializadoras a los datos del sistema de información de puntos de suministro tuviera que ser de forma individualizada y tras la aportación del CUPS y el número de contrato tal como exigía la empresa sancionada. La única norma que exigía la aportación de un Código de Punto de Suministro era el artículo 43.2 del Real Decreto 1432/2002 referido al acceso por parte de las comercializadoras a los datos del sistema de información de las distribuidoras de gas natural (no de energía eléctrica). Así se establecía que el acceso a los datos relativos al punto de suministro de gas natural era accesible a todas las comercializadoras y el acceso a los datos relativos al consumidor sólo era accesible mediante la presentación del código de identificación del punto de suministro y del NIF/CIF del consumidor, así como una autorización expresa y por escrito del consumidor.

La diferencia es evidente ya que en este caso lo que se solicitaba por la comercializadora de energía eléctrica a la distribuidora era el acceso a los datos relativos al punto de suministro fijados en el artículo 7.1 del Real Decreto 1435/2002 en la redacción dada por el Real Decreto 1454/2005 de 2 de diciembre que no incluyen los llamados *“datos relativos al consumidor”* establecidos en la normativa referida al gas natural (y que son según el artículo 43.2 b) del Real Decreto 1432/2002 en la redacción dada por el Real Decreto 942/2005 de 29 de julio) los siguientes: datos del consumidor: nombre, dirección, NIF o CIF, empresa que realiza el suministro, empresa que efectúa la medida, fecha de salida de cliente a tarifa al mercado liberalizado y fecha de vuelta del cliente a tarifa. Es decir los datos relativos al punto de suministro de gas natural contenidos en el artículo 43.2 a) del Real Decreto 1432/2002 respecto de los que se establecía que eran accesibles a todas las comercializadoras coinciden (con las adaptaciones correspondientes teniendo en

cuenta que se trata de distintos tipos de energía) con los establecidos en relación al punto de suministro de electricidad en el artículo 7.1 del Real Decreto 1435/2002 en la redacción dada por el Real Decreto 1454/2005 de 2 de diciembre (que no establece que deba constar como datos del SIPS ni el nombre, dirección, NIF o CIF del consumidor, ni la empresa suministradora ni la que efectúa las medidas sino sólo la distribuidora) y por tanto la única limitación que se recoge en ambas normas es que *“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”* (artículo 43.2 penúltimo párrafo en la redacción dada por el Real Decreto 942/2005 de 29 de julio y en el artículo 7.1 del Real Decreto 1435/2002 que se mantiene en la redacción dada por el Real Decreto 1454/2005 de 2 de diciembre.

El hecho de que el apartado 3 de la disposición adicional tercera de *“desarrollo de las condiciones de mantenimiento y acceso relativas a las bases de datos de puntos de suministro”* de la orden ITC 3860/2007 de 28 de diciembre que revisa las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 estableciera que *“las empresas distribuidoras no podrán establecer condición alguna al acceso y tratamiento de estos datos por parte de los comercializadores ni exigir en ningún caso que éstos le proporcionen dato alguno como condición previa de acceso a su base de datos, entre ellos: el Código Universal de 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”* no significa que hasta esa fecha podían establecerse por parte de las distribuidoras condiciones al acceso ya que como hemos visto la legislación relativa a la comercialización de la energía eléctrica no las establecía, constando que cuando el poder ejecutivo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria ha querido establecer condiciones al acceso como las impuestas por la entidad recurrente ha especificado a que datos se refería y a que ámbito (datos referidos al gas natural pero no propiamente a datos relativos al punto de suministro sino a los llamados *“datos relativos al consumidor”* establecidos en el artículo 43.2 b) del Real Decreto 1432/2002 en la redacción dada por el Real Decreto 942/2005 de 29 de julio). Por otra parte no aporta el recurrente ningún informe de la Comisión Nacional de la Energía que avale su interpretación.

TERCERO: Alega la parte recurrente que su conducta tenía una justificación objetiva derivada de la necesidad de salvaguardar el derecho de los consumidores a mantener la confidencialidad de sus datos y la evolución normativa en este tema ratifica la importancia de preservar el derecho de oposición del cliente a que sus datos sean accesibles por las comercializadoras.

Respecto a este punto indicar que desde la entrada en vigor del Real Decreto 1435/2002 de 27 de diciembre se ha establecido y se ha mantenido en las sucesivas modificaciones del artículo 7 que *“los consumidores podrán manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores”*. Así esa redacción se mantiene en el Real Decreto 942/2005 y en la redacción actual dada por el RD 1011/2009 que amplía la información que contiene el SIPS (que incluye ahora datos relativos al consumidor titular, nombre, apellidos, dirección completa) y establece que aquellos a los que se refiera tal información *“podrán prohibir por escrito a los distribuidores la difusión de los datos que señalen expresamente”*. Por tanto la importancia de preservar el derecho de

oposición del cliente a que sus datos sean accesibles por las comercializadoras ya estaba establecida desde la creación del SIPS por Real Decreto 1435/2002 y nada ha cambiado en este punto.

Para garantizar el derecho de los consumidores a la confidencialidad de sus datos (que la ley exige respetar) no puede la parte vulnerar otro derecho de los consumidores como es el de la libertad de elección del suministrador, para lo cual es necesario aunque no suficiente que las comercializadoras puedan acceder sin trabas a la información que contiene el SIPS y puedan realizar así ofertas a los mismos. Si realmente su preocupación era la posible vulneración del derecho de confidencialidad hubiera bastado por ejemplo que con la factura del mes hubieran comunicado a los consumidores que podían manifestar a la distribuidora su voluntad de que sus datos no fueran accesibles a las comercializadoras. Por otra parte no parece que los requisitos que imponía (CUPS y el número de contrato) tuvieran como finalidad garantizar el derecho de los consumidores a la confidencialidad de sus datos ya que el hecho de que el distribuidor proporcione el CUPS y el número de contrato no significa que el consumidor haya autorizado a la distribuidora a comunicar sus datos a la comercializadora. Tampoco se puede amparar en que podía entenderse aplicable de forma supletoria la normativa establecida para el gas natural ya que como hemos dicho no exigía el CIPS (código de identificación del punto de suministro) y del NIF/CIF del consumidor para los datos del punto de suministro (para lo que no establecía condiciones) sino para los llamados datos del consumidor (que no son datos contenidos en el SIPS en el momento en que hizo la petición). Por otra parte si consideraba que como criterio de interpretación debía estarse a lo establecido en la normativa de gas natural debía haber exigido además de esos datos una autorización expresa y por escrito del consumidor tal como exigía el artículo 4343.2 b) del Real Decreto 1432/2002 en la redacción dada por el Real Decreto 942/2005 de 29 de julio.

Por otra parte esa forma de actuar no se condicionaba a la solicitud de datos de personas físicas sino a todos los datos contenidos en el SIPS ya afectara a personas físicas o jurídicas y conforme al artículo 3 a) de la Ley Orgánica 15/99 de Protección de Datos; son datos de carácter personal *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*, por lo que si su intención al actuar así hubiera sido respetar la normativa sobre protección de datos hubiera tenido que limitar sus condiciones en relación a puntos de suministro de personas físicas. Añadir que como señala el Abogado del Estado no se puede citar la problemática de la protección de datos como justificación de la conducta cuando no se cita por la actora en ningún momento en las respuestas a Céntrica, planteándose una vez en marcha la instrucción del expediente.

Tampoco acredita ni alega el recurrente en el escrito de demanda que en la fecha en que la comercializadora efectuó su solicitud de acceso sin condiciones a los datos de la totalidad de los puntos de suministros existiera algún informe de la Comisión Nacional de la Energía o la Agencia de Protección de Datos que consideraban que no era suficiente para garantizar el derecho de los consumidores a la confidencialidad de sus datos que se estableciera en el Real Decreto 1435/2002 que creo los SIPS que los consumidores *“podrán prohibir por escrito a los distribuidores la difusión de los datos que señalen expresamente”*. Tampoco consta que solicitaran a esos organismos algún tipo de informe.

Consta en el expediente que el Director de Investigación mediante escrito fechado el 20 de noviembre de 2007 (registro de salida de la CNC de 20 de diciembre de 2007) solicitó a la Agencia Española de Protección de Datos la siguiente información: *"Teniendo en cuenta la naturaleza de los datos recogidos en los SIPS ¿vulneraría el acceso completo telemático sin restricciones al SIPS en los términos solicitados por Céntrica y regulados por el Real Decreto 1435/2002 de la normativa vigente sobre protección de datos de carácter personal"* (folio 870 del expediente administrativo, tomo IV). Se emitió informe el 17 de enero de 2008 por el Jefe del Gabinete Jurídico de la Agencia de Protección de Datos el 17 de enero de 2008 (folios 872 a 883) en el que se concluye 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 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"*. Por tanto la normativa aplicable respetaba la normativa vigente sobre protección de datos al establecer el Real Decreto 1435/2002 que creo el SIPS desde su entrada en vigor y en las sucesivas modificaciones que los consumidores podían manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores. Por otra parte nótese que ese informe de la Agencia de Protección de Datos se refiere a los datos que deben figurar en la base de datos de puntos de suministro mencionados en el anexo VII de la Orden ITC/3860/2007 que detalla la concreta información que hay que suministrar respecto a cada dato a que se hace referencia en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 de 27 de diciembre y en concreto cita el hecho de que en relación a la ubicación del punto de suministro el anexo VII de la orden establece que la información relativa al punto de suministro debe comprender *"tipo de vía, nombre de la vía, número, piso y puerta"* y esos datos *"son datos que podrán permitir la identificación de los consumidores finales sin que dicha identificación exigiera esfuerzos desproporcionados"* y de ahí concluye que la base de datos de punto de suministro se encuentra sometida a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999. Hay que tener en cuenta que en la fecha en que se efectuó la solicitud de Céntrica a la que se refería la solicitud de informe de la CNE no se había dictado aún la Orden ITC/3860/2007 y por tanto no existía una norma que exigiera que en la información contenida en el SIPS sobre ubicación del punto de suministro se incluyera datos como los exigidos por la Orden ITC/3860/2007 que permitían identificar al consumidor final. Por tanto incluso sería cuestionable que con anterioridad a la orden ITC/3860/2007 la normativa que regulaba el contenido de los SIPS se encontrara sometida a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Protección de Datos ya que no consta acreditado que las empresas distribuidoras estuvieran obligadas a incluir datos que permitieran la identificación de los consumidores finales sin que dicha identificación exigiera esfuerzos desproporcionados (como ya hemos dicho a diferencia de la información contenida en la base de datos referidas al gas natural no se establecía que la información contenida en la base de datos referidas a la energía eléctrica se incluyeran los llamados *"datos relativos al consumidor"* nombre, dirección, NIF o CIF).

CUARTO: Alega la parte que HCDE ni el grupo Hidrocantábrico en su conjunto carece de posición de preeminente en el mercado de suministro eléctrico, lo que impide aplicar al presente caso la doctrina del abuso de posición de dominio en mercados conexos.

En la resolución recurrida se indica que Hidrocantábrico Distribución Eléctrica SAU es una sociedad dedicada a la distribución de energía eléctrica perteneciente a Hidroeléctrica del Cantábrico SA, matriz del grupo Hidrocántabrico, que a su vez se integra en el grupo de energías de Portugal SA (EDP). Las líneas de negocio del Grupo Hidrocantábrico comprenden todas las actividades propias del sector eléctrico: generación, distribución y comercialización. La actividad de comercialización se lleva a cabo a través de Hidrocantábrico de Energía. Geográficamente las redes de Hidrocantábrico se concentran en la Comunidad Autónoma de Asturias, donde cubren la mayor parte de la provincia, aunque también están presentes en tres municipios del Sur de la Comunidad de Madrid y en un reducido número de municipios de la Comunidad Autónoma de Valencia. De acuerdo con los datos de la CNE en 2006 distribuyó por sus redes más de 9.4669 Gwh lo que supone el 4% del total de energía eléctrica distribuida a escala nacional.

El hecho de que la cuota de distribución de energía eléctrica a nivel nacional de HCDE sea del 4% no es óbice para que exista un abuso de posición de dominio, como pone de relieve el Abogado del Estado y así recogimos en nuestra sentencia de 11 de mayo de 2005 (recurso 228/09) referida a la misma conducta realizada por otra empresa distribuidora de energía eléctrica (Viesgo Distribución) con una cuota de distribución menor en la que indicamos que *“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”*.

Señala el recurrente que su situación no puede compararse con ENDESA cuyos razonamientos contenidos en la resolución en la que se sanciona a dicha distribuidora aplica la CNC en la resolución recurrida, a lo que acertadamente contesta la parte codemandada indicando que la posición de HIDROCANTABRICO y de ENDESA es la misma en sus respectivas zonas de distribución dado que en todas ellas ostentan una posición de monopolio. Distinto es que a la hora de cuantificar el importe de la sanción se tenga en cuenta las diferencias en la dimensión de los mercados.

QUINTO: Considera la demandante que el sistema de acceso seguido por HCDE no obstaculizó el desarrollo de la competencia ya que la información facilitada mediante el sistema de acceso punto por punto es suficiente para desarrollar la

actividad de comercialización, siendo ejemplo de ello la propia comercializadora del grupo Hidrocantábrico cuya cuota de comercialización ha crecido extraordinariamente a pesar de que no ha tenido acceso completo y masivo e incondicionado a las bases de datos SIPS de ninguna distribuidora eléctrica.

No discute por tanto el recurrente que es relevante la información contenida en los SIPS sino la forma de acceso a dicha información. Así considera que el acceso masivo e incondicionado al SIPS no es esencial para la competencia en el mercado siendo suficiente la forma de acceso que había implantado (el sistema de acceso punto por punto previa aportación del CUPS y número de contrato).

La resolución impugnada partiendo de que la red de distribución que presta servicio al consumidor no puede ser sustituida por ninguna otra estando la empresa distribuidora sancionada integrada en un grupo empresarial que comprende todas las actividades propias del sector eléctrico: generación, distribución y comercialización concreta por qué si es necesario ese acceso de forma masiva y no condicionado indicando que la exigencia de suministrar el CUPS y numero de contrato para acceder a los SIPS no favorece la entrada de nuevos comerciales al elevarse los costes de acceso. Las costes de acceso son los siguientes a) las comercializadoras tienen que asumir unos costes directos (localización de clientes, obtención de los datos solicitados, realización de solicitudes de forma individual) b) existe una menor eficacia de la estrategia comercial al no saber ex ante a que consumidores resulta mas rentable dirigirse y c) la empresa distribuidora conoce la estrategia comercial del comercializador y puede comunicársela a empresas de su grupo.

El hecho de que la cuota de Hidrocantábrico haya crecido a pesar de que no ha tenido acceso completo y masivo a las bases de datos SIPS de ninguna distribuidora eléctrica efectivamente acredita que el acceso condicionado a los SIPS no impide la comercialización (lo que por otra parte no discute la CNC) pero lo relevante es que esa forma de acceso deteriora las condiciones de competencia en el mercado al elevarse los costes de acceso de las comercializadoras, costes que se detallan en el párrafo anterior.

SEXTO: En cuanto a la sanción señala el recurrente que la misma carece de motivación ya que en una resolución de 43 páginas sólo se dedican a la motivación 7 líneas y se desconoce cual es el volumen de ventas en el mercado afectado por la infracción que ha considerado la CNC y en todo caso se debía haber apreciado como atenuante la escasa cuota de mercado y el hecho de que la presunta infractora no ha conseguido beneficio alguna como consecuencia de la infracción.

Conforme al artículo 10.2 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia *“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"*.

Teniendo en cuenta estos parámetros se considera que la resolución impugnada está suficientemente motivada ya que por una parte la CNC destaca la especial gravedad de la conducta al señalar que se ha producido en un mercado en vías de liberalización y afecta a un bien de primera necesidad como es la energía eléctrica, asimismo valora que las prácticas realizadas no son el único obstáculo al que las comercializadoras han tenido que hacer frente para desarrollar su actividad de mercado y que otros factores como el déficit tarifario ha influido también y el hecho que el mercado afectado por la conducta analizada es el de la comercialización de energía a los clientes de redes de baja tensión y particularmente en los domésticos.

Considera esta Sala que no se puede aplicar como circunstancia atenuante el hecho de que la empresa distribuidora sancionada no haya conseguido beneficio alguno como consecuencia de la infracción ya que pertenece a un grupo empresarial que comprende todas las actividades propias del sector eléctrico generación, distribución y comercialización, por lo que su conducta ha permitido al Grupo Hidrocantábrico consolidar su posición en el mercado puesto que cuantas menos ofertas comerciales reciban los consumidores, mayor número de consumidores permanecerán a tarifa y mayor cuota de ese mercado mantendrá Hidrocantábrico. En cuanto su cuota de mercado se ha tenido en cuenta implícitamente para graduar la sanción que no es la misma para todas las distribuidoras que han sido sancionadas por la misma conducta realizada por el recurrente. Así en este caso se ha impuesto una multa 833.000 euros es decir un 0,0391% de los ingresos ordinarios publicados en las cuentas anuales de 2007 que ascendían a 2.132 millones de euros.

SEPTIMO: 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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN ELECTRICA SAU** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 22 de abril de 2009 (expediente 645/08 Céntrica/Hidrocantábrico) que se declara en los extremos examinados conforme a derecho.

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.

