



Roj: **STS 2911/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:2911**

Id Cendoj: **28079130032014100180**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/07/2014**

Nº de Recurso: **3786/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1532/2011,**
STS 2911/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **3786/2011** interpuesto por "HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U.", representada por el Procurador D. Carlos Mairata Laviña, contra la sentencia dictada con fecha 29 de marzo de 2011 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 270/2009 , sobre sanción en materia de la defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y "ENÉRGYA VM GESTIÓN DE LA ENERGÍA, S.L.U.", representada por el Procurador D. Pablo Domínguez Maestro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 270/2009 contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 22 de abril de 2009 que en el expediente número 645/2008 acordó:

"Primero. Declarar que ha resultado acreditada la infracción por Hidrocantábrico 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 Hidrocantábrico Distribución una multa sancionadora de ochocientos treinta y tres mil euros (833.000€) por la comisión de las conductas prohibidas.

Tercero. Instar a Hidrocantábrico 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 Hidrocantábrico 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.



Hidrocantábrico 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.- En su escrito de demanda, de 28 de enero de 2010, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase 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 2009, que es objeto de la presente impugnación". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 29 de marzo de 2010, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante".

Cuarto.- "Céntrica Energía, S.L.U." contestó a la demanda con fecha 7 de septiembre de 2010.

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 16 de septiembre de 2010 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 29 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Hidrocantábrico Distribución Eléctrica 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."

Sexto.- Con fecha 22 de julio de 2011 "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número **3786/2011** contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por infracción del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, en su redacción vigente en el momento de producirse los hechos sancionados".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por vulnerar la sentencia recurrida la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "se denuncia la infracción de la norma de competencia [...]".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 54 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [...]".

Séptimo.- Por escrito de 10 de enero de 2012 "Energía VM Gestión de la Energía, S.L.U." se opuso al recurso y suplicó su desestimación íntegra.

Octavo.- El Abogado del Estado se opuso igualmente al recurso con fecha 11 de enero de 2012 y suplicó a la Sala su desestimación con imposición de las costas a la recurrente.

Noveno.- Por providencia de 21 de abril de 2014 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 1 de julio siguiente, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 29 de marzo de 2011, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2009 mediante la cual fue sancionada como autora de una práctica prohibida por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, consistente en "haber denegado [a una empresa comercializadora de energía eléctrica] un acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro".

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



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

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

Segundo.- La Sala de instancia hace constar desde el inicio de la ahora recurrida que ella misma había dictado sentencia el 11 de mayo de 2010 desestimatoria del recurso contencioso-administrativo número 228/2009 , interpuesto por "E.ON Distribución, S.L." contra la misma resolución administrativa en lo que a dicha empresa concernía (esto es, la resolución final del expediente sancionador número 644/08).

Por nuestra parte hemos de significar que contra la sentencia de 11 de mayo de 2010 "E.ON Distribución, S.L." interpuso el recurso de casación número 4663/2010 , que desestimamos mediante la nuestra de 25 de noviembre de 2013 . A ella nos referiremos al examinar, en lo que tengan de coincidentes, los motivos de casación deducidos por "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." a lo largo del presente recurso **3786/2011**.

Tercero.- La Sala de instancia sintetizó en el primer fundamento jurídico de la sentencia cuál fue la conducta imputada a "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." a título de "abuso 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". Lo hizo en los siguientes términos:

"[...] 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.

"[...] La entidad sancionada Hidrocantábrico Distribución Eléctrica 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 [...]."

A partir de este párrafo la Sala de instancia resumió las alegaciones formuladas por una y otra parte en el proceso de instancia, cuyo contenido no difiere en lo sustancial de las que fueron objeto de análisis en el recurso precedente (número 228/2009) resuelto por la sentencia de 2 de abril de 2009 , a su vez confirmada por la nuestra de 25 de noviembre de 2013.

Cuarto.- En los ulteriores fundamentos jurídicos de la sentencia la Sala de la Audiencia Nacional fue rechazando sucesivamente los argumentos impugnatorios de la demanda.

A) En el segundo rechazó la tesis de "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." según la cual "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 [...]."



B) En el tercero negó que pudiera invocarse como "justificación objetiva" de la conducta la "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".

C) En el cuarto rechazó asimismo la afirmación de "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U.", quien decía carecer "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".

D) En el quinto desestimó la tesis de "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." en cuanto propugnaba que "el sistema de acceso seguido 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".

E) En el sexto y último negó que la resolución impugnada careciese de la exigible motivación, en lo que se refiere a la concreta sanción impuesta.

El contenido pormenorizado de los respectivos fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia será transcrito a continuación, en cuanto resulte necesario para zanjar el debate.

Quinto.- El recurso de casación consta de cuatro motivos, todos ellos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional. Examinaremos de modo conjunto, dada su conexión, los dos primeros en los que "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." denuncia, respectivamente, o bien la infracción "del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, en su redacción vigente en el momento de producirse los hechos sancionados", o bien "la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y su normativa de desarrollo".

En cuanto al artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, la recurrente acusa al tribunal de instancia de "hacer una interpretación restrictiva de dicho precepto que no es conforme con el tenor literal del mismo y, por tanto, con la interpretación que también venía realizando el organismo regulador de los sectores energéticos". Y en cuanto a la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, se cita marginalmente como precepto vulnerado el artículo 11, sin que el segundo motivo contenga, pese a su enunciado, ninguna referencia expresa a la "normativa de desarrollo" de aquélla.

En los fundamentos jurídicos segundo y tercero de su sentencia el tribunal de instancia hizo las siguientes consideraciones sobre las cuestiones que son objeto de estos dos motivos:

"[...] 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.

[...] 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 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 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)".

Sexto.- Como ya adelantamos, en los dos primeros motivos de casación sostiene "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." que la normativa vigente en el año 2006 no contemplaba la obligación de los distribuidores de facilitar el acceso a los datos de los consumidores, en los términos interesados por el comercializador. Y añade que la negativa a facilitarlos estaba protegida por la Ley Orgánica 15/1999. Suscita, pues, una cuestión interpretativa de alcance general, más allá de lo que pudiera haber significado su propia conducta en este caso.

Pues bien, ninguno de ambos motivos podrá prosperar una vez que las cuestiones jurídicas en ellos suscitadas han sido ya zanjadas por nuestra sentencia de 25 de noviembre de 2013 (fundamento de derecho quinto) en el siguiente sentido, coincidente con el de la Sala de instancia:

"[...] El primer motivo casacional se apoya en la supuesta justificación de la conducta de la empresa distribuidora, en cuanto con ella no habría sino dado cumplimiento al deber legal de mantener los datos confidenciales de sus clientes, tal como deriva del artículo 41 de la Ley del Sector Eléctrico . Sostiene 'E.ON Distribución, S.L.' que dicho artículo sólo le obligaba a ceder los datos a la Administración , no al resto de las empresas del sector, y que el respeto del mandato legal no podía ser cuestionado sobre la base de la modificación del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 , operada por virtud del Real Decreto 1454/2005 (esto



es, el precepto reglamentario que, tras su reforma en el año 2005, reconocía de modo expreso el derecho de los comercializadores a acceder a los datos del SIPS).

Tampoco esta alegación puede ser acogida. De hecho, esta Sala ya ha tenido la ocasión de rechazar planteamientos argumentales análogos cuando fueron formulados por una empresa distribuidora -en aquel caso de gas- para impugnar la disposición general (Real Decreto 1011/2009) que, al regular la oficina de cambios de suministrador para los sectores eléctrico y gasista, contempla la cesión de datos en términos similares. Manifestamos en nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2010, al desestimar el recurso directo número 94/2009, lo siguiente:

'[...] La pretensión de nulidad de la disposición final segunda del Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador, que modifica el artículo 43 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, que se sustenta en la argumentación de que la obligación impuesta a las empresas distribuidoras de garantizar el acceso a las bases de datos de puntos de suministro a las empresas comercializadoras vulnera el artículo 18 de la Constitución y el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en cuanto que no requiere el consentimiento previo del titular del punto de suministro, debe ser rechazada. Consideramos que la cesión de datos deriva del artículo 83 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, adicionado por la Ley 12/2007, de 2 de julio, que regula la Oficina de Cambios de Suministrador, previendo el acceso a las bases de datos de consumidores y puntos de suministro de gas y electricidad, que cumple las exigencias previstas en el artículo 11.2 a) de la mencionada Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, teniendo en cuenta que la información suministrada es acorde con los fines legítimos de interés público de promover el desarrollo y funcionamiento del mercado de suministro de gas en condiciones de competencia efectiva y garantizar el derecho de los consumidores a la libre elección del suministrador que debe prestar el servicio, que la justifican, y preserva la confidencialidad de la información y garantiza la facultad del interesado consumidor a prohibir su difusión.

En efecto, como se sostiene en el Informe emitido por la Agencia Española de Protección de Datos de 17 de enero de 2008, que consta en el expediente de elaboración de la norma reglamentaria enjuiciada, el acceso por parte de las empresas comercializadoras de energía eléctrica y, por ende, a las comercializadoras de gas natural, a los datos contenidos en el sistema de información de puntos de suministro sin contar con el consentimiento del afectado, no resulta contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, siempre que los comercializadores utilicen los datos para las finalidades que justificaron la cesión y en la medida en que se excluya la cesión de datos de aquellos consumidores que hubieran manifestado por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores, lo que, expresamente, se garantiza, siguiendo las observaciones del Dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 9 de junio de 2009, en el apartado 5 del artículo 43 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, en la redacción modificada por el Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio impugnado'.

Bajo estas mismas premisas las alegaciones de 'E.ON Distribución, S.L.' expuestas en esa parte del primer motivo deben ser rechazadas. La Sala de instancia no incurre en el 'defectuoso tratamiento de la prohibición de cesión de datos personales' que le imputa la sociedad recurrente cuando se limita a aplicar la norma vigente en el momento de los hechos. La reforma del artículo 7 del Decreto 1435/2002 que llevó a cabo el Real Decreto 1454/2005 claramente disponía que las empresas distribuidoras no sólo debían dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitieran la consulta de datos del registro de puntos de suministro (y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y los comercializadores de energía eléctrica), sino que reconocía el derecho de estos últimos a acceder gratuitamente a los datos contenidos en el citado registro. El reconocimiento del derecho de acceso de los comercializadores no podía ser puesto en entredicho por las distribuidoras mediante exigencias que -como en este caso ocurrió- hacían inviable, o muy difícilmente viable, su ejercicio.

Desde ese momento, pues, al menos, la recurrente no podía aducir como justificación válida de su conducta obstructiva una razón que contradecía la norma aplicable a la consulta de los datos registrados, norma entonces (2005) vigente que, por lo demás no incurría en contradicción con el artículo 41 de la Ley del Sector Eléctrico. El apartado de este último precepto (ha ido variando de número y letra en función de los cambios de la propia Ley 54/997) en cuya virtud las distribuidoras deben preservar el carácter confidencial de la información que conozcan en el desempeño de su actividad cuando de su divulgación puedan derivarse problemas de 'índole comercial', dicho apartado, decimos, no impide la aplicación de una expresa norma reglamentaria que, en aras de la preservación de otros preceptos de la misma ley favorecedores de la liberalización del suministro de energía bajo condiciones de concurrencia, regula de modo específico el obligado intercambio de información. Y mucho menos se oponía el Real Decreto 1454/2005 al apartado del



artículo 41 de la Ley del Sector Eléctrico en la parte de éste que se refiere a las relaciones de las distribuidoras con la Administración.

A fortiori, el derecho de los comercializadores de acceder a los referidos datos sería más tarde refrendado por la Ley 17/2007, de 4 de julio, que modificó el artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico, así como por la Disposición adicional tercera de la Orden ITC/3860/2007, ulteriormente derogada por el Real Decreto 1011/2009 (antes citado y declarado válido en nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2010) cuya Disposición final segunda da, a su vez, nueva redacción a los apartados 2 a 7 del artículo 43 del Real Decreto 1434/2002. El hecho de que parte de la Disposición adicional tercera de la Orden ITC/3860/2007 fuese objeto de una limitada en el tiempo y matizada en su contenido- suspensión cautelar (auto de la Sala de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2008, dejado sin efecto por auto de la misma Sala de 12 de mayo siguiente) en nada afecta a la subsistencia del derecho de los comercializadores a acceder a los datos, derecho que venía ya reconocido tanto por el Real Decreto 1454/2005 como, ulteriormente, por la modificación que la Ley 17/2007 introdujo en el artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico, para los períodos respectivos.

En suma, el régimen legal y reglamentario aplicable a la conducta de las empresas distribuidoras durante el período de tiempo al que se contraen los procedimientos sancionadores no podía ser incumplido apelando a una inexistente justificación derivada del artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de carácter personal, o del artículo 41 de la Ley del Sector Eléctrico."

Séptimo. - En el tercer motivo casacional, también al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." denuncia "la infracción de la norma de competencia, en cuanto que la sentencia declara la conformidad a Derecho de una resolución que sanciona unos hechos que no encajan dentro de las conductas infractoras tipificadas en la citada normativa".

El motivo está deficientemente planteado pues la defensa de la empresa recurrente ni siquiera llega a identificar (no sólo en el enunciado, tampoco en el desarrollo del motivo) con una mínima precisión qué precepto legal considera vulnerado por la Sala de instancia. No se atiende, por lo tanto, a la exigencia procesal contenida en el artículo 92.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, a tenor del cual en el escrito de interposición el recurrente debe "citar las normas o jurisprudencia que considere infringidas".

El defecto determinaría la inadmisibilidad del motivo desde una perspectiva formal pues la alusión genérica a la "norma de competencia" que en él se expresa resulta insuficiente y obliga a la Sala a suplir la carencia en el modo de plantearlo. Pero incluso si atendemos a su exposición material, las consideraciones que contiene (y que no son sino reiteraciones, o síntesis, de las formuladas en la demanda) tampoco podrán prevalecer -según ulteriormente examinaremos- frente a las que el tribunal de instancia expuso en la sentencia ahora impugnada, en los siguientes términos:

"[...] 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 Hidrocantábrico, 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 Hidrocantábrico 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.

[...] 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".

Octavo.- "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U.", discrepa de la Sala de instancia en los siguientes puntos: a) afirma que ella misma carece de "posición preeminente en el mercado de suministro eléctrico"; b) sostiene que su conducta tenía una justificación objetiva, "derivada de la necesidad de salvaguardar el derecho de los consumidores" a la confidencialidad de los datos; c) destaca que su conducta no ha tenido efectos restrictivos de la competencia pues no ha impedido la entrada de nuevos comercializadores, para cuya actividad basta el sistema de acceso punto por punto; y d) subraya que no ha obtenido beneficios de aquella conducta.

De estos cuatro apartados el segundo y el cuarto son irrelevantes a los efectos que aquí importan, en la medida en que o bien suscitan una cuestión ya tratada en los motivos precedentes (la relativa a la protección de datos) o bien adelantan otra a la que se hará referencia en el último de aquéllos (el importe del beneficio y su repercusión en la multa). Centraremos, pues, el análisis en el contenido del primer y tercer apartado, cuyas críticas a la sentencia no podrán ser acogidas.

En efecto, la Sala de instancia emplea, en los fundamentos jurídicos anteriormente transcritos, argumentos análogos a los que ya adujo en su sentencia precedente (la de 11 de mayo de 2010 , que por error cita ahora como de 11 de mayo de 2005) en el recurso número 228/2009 respecto de una compañía distribuidora con una cuota de mercado inferior. Y por nuestra parte validamos las apreciaciones del tribunal en nuestra sentencia de 25 de noviembre de 2013 (fundamentos jurídicos sexto y séptimo) en los siguientes términos:

"[...] En el segundo motivo casacional, también formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , 'E.ON Distribución, S.L.' denuncia nuevamente la infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia , esta vez 'por indebida calificación como abuso de posición de dominio'. Su muy escueto contenido -en comparación con el precedente- se limita a afirmar, como primer argumento, que 'no hay abuso si el acceso incondicionado al SIPS de EVD no era necesario para que las comercializadoras pudieran desarrollar su actividad en el mercado relevante, el nacional de suministro de energía eléctrica ni su carencia altera la



competencia en el mercado nacional relevante'; y en segundo lugar que 'la conducta de EVD no tiene capacidad para producir efectos restrictivos en el mercado relevante nacional de suministro de energía eléctrica'. Ambos argumentos fueron razonada -y acertadamente- desestimados por la Sala de instancia en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de su sentencia, en los términos que anteriormente hemos transcrito.

La primera alegación no tiene suficientemente en cuenta que el 'acceso incondicionado al SIPS' era un mecanismo que el poder público había implantado precisamente para fomentar la concurrencia en el sector eléctrico, una vez liberalizado, y facilitar a los nuevos entrantes (los comercializadores de energía) la posibilidad de acceder a ciertos datos de los clientes, hasta entonces en poder de los distribuidores, para hacer sus propias ofertas en competencia y propiciar el paso del mercado regulado al mercado libre.

Si, como en efecto ocurrió, una distribuidora de electricidad que disfruta de la posición de dominio en un mercado geográficamente limitado (el mercado de distribución de energía eléctrica en la red de distribución está organizado en torno a monopolios zonales o regionales) se niega a facilitar a determinados comercializadores datos relevantes a los que estos tienen derecho, y cuya finalidad es precisamente propiciar la apertura del mercado de suministro eléctrico, está abusando de aquella posición privilegiada. Que los datos eran relevantes, tanto más en un primer momento de apertura del mercado, y que la negativa a proporcionarlos constituía para los comercializadores no integrados verticalmente 'una limitación seria, permanente, para la actuación del competidor, limitación que convierte sus opciones en prácticamente inexistentes desde el punto de vista económico' es algo que el tribunal de instancia declara como 'suficientemente establecido y probado en el expediente litigioso'.

En efecto, la conducta de 'Viesgo Distribución' dificultaba la entrada y la expansión de nuevos comercializadores al privarles, infundadamente y contra la expresa regulación normativa, del acceso a determinados datos sobre los puntos de suministro y los clientes, datos cuyo conocimiento por aquéllos tendía a favorecer la competencia en el mercado del suministro de energía eléctrica. La información denegada, que obraba en poder de la empresa distribuidora, había sido obtenida por ésta a partir de su situación de monopolio legal, geográficamente limitado, que le permitía disponer de los datos de todos los usuarios de energía eléctrica en su zona, quienes con ella necesariamente debían relacionarse si pretendían tener en sus domicilios energía eléctrica. Precisamente por realizar una actividad regulada, la distribuidora zonal debía, en contrapartida, poner aquellos datos a disposición de los agentes que intervienen en el siguiente escalón del proceso, esto es, de todos los comercializadores, para que éstos pudieran competir entre sí tras tener acceso, en condiciones de igualdad, a la misma información sobre los puntos de suministro.

[...] La segunda alegación del segundo motivo casacional es igualmente descartable cuando parte de considerar como único mercado relevante el correspondiente a la distribución de energía eléctrica a nivel nacional, para destacar acto seguido que en él la cuota correspondiente a 'E.ON Distribución, S.L.' (en puridad, a la empresa distribuidora del Grupo Viesgo que operaba en las fechas de referencia) no era superior al dos por ciento.

Es rechazable la alegación porque en realidad desenfoca el punto de partida. El abuso de posición de dominio imputado a la empresa sancionada lo es por haberse aprovechado de su situación de privilegio en la zona geográfica en la que era monopolista con el designio y el resultado de dificultar -en ese concreto espacio territorial, donde los consumidores sólo pueden relacionarse con la distribuidora zonal- la entrada al mercado de la venta de energía eléctrica de una determinada empresa comercializadora, rival de la que con este mismo carácter pertenecía al grupo empresarial de la distribuidora.

El aprovechamiento abusivo de la posición de dominio tiene en este caso no sólo aptitud genérica para provocar efectos restrictivos de la competencia sino consecuencias prácticas, de hecho, perjudiciales para la comercializadora no integrada y, sobre todo, para los usuarios del servicio a los que se priva de recibir las eventuales ofertas provenientes de aquélla. Perjuicios cuyo reverso es el mantenimiento casi inalterado, durante el período de referencia, de las cifras de consumidores finales a los que las empresas del 'Grupo Enel Viesgo Energía, S.A.' suministraban energía eléctrica, según el relato de hechos que contiene la resolución sancionadora y que el tribunal de instancia da por probados.

Que el abuso de posición de dominio se produzca en un mercado territorialmente más restringido que el nacional, como ocurre en este caso, no significa que sea inexistente. Dado el reparto territorial de las zonas geográficas para el desarrollo de la actividad regulada de distribución de energía eléctrica, las empresas distribuidoras que operan en cada una de ellas pueden incurrir en la conducta ilícita sancionada si, con actuaciones obstructivas de la concurrencia en detrimento de los nuevos entrantes en el mercado descendente de la comercialización, dificultan que sus clientes (aproximadamente medio millón de usuarios en diversas provincias del Norte de España) puedan beneficiarse de las ofertas comerciales de aquéllos.



Otra cosa es que la dimensión territorialmente reducida del espacio en el que ha tenido lugar el ilícito sea tomada en consideración para ajustar el importe de la multa, por contraste con la mayor extensión geográfica de la conducta de otras distribuidoras que tenían mayor cuota de mercado. Tal circunstancia fue oportunamente valorada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que expresamente la tomó en cuenta para imponer la sanción en cuantía de 500.000 euros (que, afirma, 'no llega a la parte alta del límite del 10%') a la vez que se hacía eco de la alegación de Viesgo Distribución en el sentido de que 'la conducta analizada afecta fundamentalmente a la comercialización de energía a los clientes de redes de baja tensión y, particularmente, en los clientes domésticos' y 'del reducido peso [de dicha empresa] en comparación con otras distribuidoras'."

Noveno.- Las consideraciones que acabamos de reproducir de nuestra sentencia de 25 de noviembre de 2013 contienen elementos de juicio suficientes para rechazar el tercer motivo del presente recurso pues resultan aplicables, *a fortiori*, a una sociedad que, como la recurrente, distribuye el cuatro por ciento de la energía eléctrica a escala nacional. No basta afirmar, como se hace en el motivo, que el fallo de instancia relativo a "Viesgo Distribución" (esto es, la sentencia de 11 de mayo de 2010, cuya doctrina reitera la ahora impugnada) había recaído en un "supuesto similar pero no idéntico" cuando en realidad el fondo de la argumentación descansa sobre las mismas bases, a saber, la incidencia en el litigio de una reducida cuota de mercado.

Repetimos que la posición de dominio atribuida a la recurrente lo era en relación con un mercado geográficamente limitado en el que gozaba de la condición de distribuidora única, y que el sistema de acceso generalizado establecido por las disposiciones aplicables era precisamente el que trataba de garantizar y fomentar el acceso de los comercializadores al mercado liberalizado, sin las dificultades que derivaban del acceso punto por punto propugnado por la recurrente.

Décimo.- En el cuarto motivo de casación se cita como única norma legal infringida el artículo 54 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La limitación a este precepto es relevante pues, como inmediatamente subrayaremos, en el desarrollo del motivo se hacen una serie de aseveraciones sobre el mayor o menor ajuste de la sanción impuesta a los criterios exigibles para su determinación que, en cuanto tales afirmaciones, no van seguidas de ninguna referencia a preceptos legales supuestamente vulnerados.

Centrada, pues, la controversia en decidir si la Comisión Nacional de la Competencia había motivado las razones que determinaron el importe de la sanción, la respuesta de la Sala de instancia fue la siguiente (reproducimos la última parte de su fundamento jurídico sexto):

"[...] 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 Distribución Eléctrica, S.A.U.'. En cuanto a 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."

Undécimo.- Frente a estas consideraciones del tribunal de instancia, las recogidas en el motivo de casación cuarto resultan desenfocadas cuanto tratan de poner en cuestión no ya la existencia misma de motivación en el acto administrativo, sino el mayor o menor acierto, en términos jurídicos, de la que la Sala acoge como tal. En otras palabras, "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." discrepa del fondo de la motivación, en lo que se refiere a la cuantía de la multa, aduciendo que, a su juicio, dicha cuantía no se corresponde con el volumen de ventas de la empresa ni con el hecho (para ella, atenuante) de que la conducta infractora no le haya producido beneficios, ni reviste la gravedad subrayada por la Sala (la situación del mercado recientemente liberalizado).



El análisis de dichas circunstancias, y de algunas otras, podría haber sido pertinente en casación si la parte hubiese reputado como norma supuestamente infringida el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, que es precisamente el que determinaba, bajo la vigencia de aquélla, los criterios aplicables para modular la cuantía de las sanciones. No habiéndolo hecho así la recurrente, circunscrito su último motivo de casación a la infracción del artículo 54 de la Ley 30/1992 cuyo apartado primero sólo exige que determinados actos (entre ellos, el recurrido en la instancia) sean "motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho", la perspectiva necesariamente formal desde la que se ha planteado el motivo debe conducir a su desestimación.

En efecto, existe motivación en un acto administrativo que, para fijar el importe de la sanción:

A) Afirma haber "ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida[...] según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho."

B) Añade que "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 Hidrocantábrico contraviene claramente 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 para preservar la posición de su grupo empresarial, dificultando la salida de los clientes al mercado libre, en particular, en detrimento de sus competidores".

C) Subraya que, no obstante la gravedad antes expuesta, "[...] 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. De la información contenida en el expediente, el Consejo también ha valorado que el mercado afectado principalmente por la conducta analizada es el de la comercialización de energía a los clientes de redes de baja tensión y, particularmente, en los clientes domésticos".

D) Concluye que "[...] dado el peso del grupo Hidrocantábrico en la actividad de suministro a clientes domésticos, este Consejo ha decidido imponer[le] una sanción [...] por una cuantía de 833.000 €. Los ingresos ordinarios publicados en las Cuentas Anuales de 2007 (último año disponible públicamente) ascienden a 2.132 millones de €, por lo que la sanción impuesta no supera el límite máximo del 10% del art. 10."

La Sala de instancia no incurre en la infracción que se le imputa cuando, por su parte, admite que un acto administrativo expuesto en estos términos no ha vulnerado el artículo 54.1 de la Ley 30/1992. Si, al margen de ello, dicho acto se atenía o no a los términos del artículo 10 de la Ley 16/1989 es algo que, planteado el motivo de casación en el modo que ha quedado dicho, queda fuera de la controversia casacional.

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

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

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de casación número **3786/2011** interpuesto por "Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 29 de marzo de 2011 en el recurso número 270/2009.

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

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente



que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ