



Roj: **STS 5365/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:5365**

Id Cendoj: **28079130032014100334**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **02/12/2014**

Nº de Recurso: **4619/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2605/2011,**
STS 5365/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre 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 4.619/2.011, interpuesto por ENDESA DISTRIBUCIÓN, S.L.U., representada por el Procurador D. José Guerrero Tramoyeres, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 26 de mayo de 2.011 en el recurso contencioso-administrativo número 229/2.009, sobre abuso de posición de dominio como distribuidor eléctrico (expte. 641/08 de la Comisión Nacional de la Competencia).

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y ENERGYA VM GESTIÓN DE LA ENERGÍA, S.L.U., representada por el Procurador D. Pablo Domínguez Maestro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 26 de mayo de 2.011, desestimatoria del recurso promovido por Endesa Distribución, S.L.U. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de abril de 2.009, por la que se resolvía el expediente nº 641/08. En dicha resolución se declaraba que ha resultado acreditada la infracción por Endesa Distribución del artículo 6 de la Ley 16/1989 y del artículo 8.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, 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 y transmitiendo de manera discriminatoria información a otras empresas de su grupo, y se le imponía por la comisión de las conductas prohibidas una multa sancionadora de 15.300.000 euros.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en diligencia de ordenación del Secretario de la Sala de instancia de fecha 28 de junio de 2.011, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U. ha comparecido en forma en fecha 15 de septiembre de 2.011, mediante escrito interponiendo el recurso de casación, que articula en los siguientes motivos:

- 1º, que se formula al amparo del apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, que incurre en incongruencia omisiva, infringiendo los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución; el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; los artículos



33.1 y 67.1 de la Ley jurisdiccional , y los artículos 209.3 , 218.1 y 218.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , así como la jurisprudencia;

- 2º, basado en el mismo apartado del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción que el anterior, también por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, que adolece de congruencia interna, denunciando la vulneración de los mismos preceptos enumerados en el motivo anterior;

- 3º, igualmente amparado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las mismas normas reguladoras de la sentencia alegadas en los dos anteriores motivos, denunciando la falta de motivación de la misma;

- 4º, que se basa en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de los artículos 50 y 56 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia , y de los artículos 44.2 , 57.2 y 58.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ;

- 5º, también basado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , por infracción de los artículos 11.1 y 11.2.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , de los artículos 18 y 25 de la Constitución , del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, del artículo 6 de la Ley 16/1989 y de la jurisprudencia;

- 6º, que se ampara en el mismo apartado del reiterado precepto procesal que el anterior, por infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución ; de los artículos 217 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; del artículo 25 de la Constitución , del artículo 10 de la Ley 16/1989 y del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ; del artículo 10 de la Ley 16/1989 y del principio de proporcionalidad; del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , del artículo 24.2 de la Constitución , del artículo 137 de la Ley 30/1992 y del artículo 2 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2.002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, así como de la jurisprudencia;

- 7º, basado en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción , por infracción del artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , del artículo 24.2 de la Constitución , del artículo 137 de la Ley 30/1992 , del artículo 2 del Reglamento (CE) 1/2003, y de los principios de contradicción y audiencia;

- 8º, que se basa igualmente en el apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional , por infracción del artículo 25 de la Constitución , del artículo 6 de la Ley 16/1989 y del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y

- 9º, amparado en el mismo apartado del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción que el anterior, por infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989 , de los artículos 14 y 120.3 de la Constitución , del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del principio de proporcionalidad.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida y resuelva el recurso contencioso- administrativo en los términos del suplico de la demanda interpuesta en el procedimiento de instancia.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 10 de febrero de 2.012.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que, con desestimación del mismo, confirme la que en él se impugna y se impongan las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la Ley jurisdiccional.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida Energya VM Gestión de la Energía, S.L.U., cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el mismo interpuesto por la recurrente, imponiendo las costas causadas.

QUINTO .- Por providencia de fecha 7 de julio de 2.014 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 18 de noviembre de 2.014, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil Endesa Distribución, S.L.U., interpone recurso de casación contra la Sentencia de 26 de mayo de 2.011 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional.



Dicha Sentencia desestimó el recurso contencioso administrativo que dicha mercantil había entablado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de abril de 2.009, por el que se declaraba acreditada una conducta constitutiva de abuso de posición de dominio consistente en denegar a los comercializadores el acceso incondicionado al sistema de información de puntos de suministro (SIPS), y se le imponía una multa de 15.300.000 euros.

El recurso se articula mediante nueve motivos, los tres primeros acogidos al apartado 1.c) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, y el resto al apartado 1.d) de dicho precepto, por infracción de normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia.

Los tres primeros motivos acogidos al apartado 1.c) del citado precepto procesal se fundan en la infracción de los diversos preceptos constitucionales y legales sobre garantías procesales que se han indicado en los antecedentes. En el motivo primero, a consecuencia de la incongruencia omisiva en que habría incurrido la Sentencia impugnada en relación con hasta siete alegaciones que habrían quedado sin respuesta. En el segundo motivo se denuncia la incongruencia interna de la Sentencia, al haber acogido la alegación relativa a la errónea valoración de la facturación que ha de ser tenida en cuenta y no haber otorgado efecto alguno a tal apreciación. En cuanto al tercer motivo, se basa en la supuesta falta de motivación de la Sentencia en relación con la graduación de la multa impuesta.

En cuanto a los motivos cuarto a octavo, acogidos al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley jurisdiccional, se basan en las siguientes infracciones normativas y de la jurisprudencia. El cuarto se funda en la infracción de los artículos 50 y 56 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), y 44.2, 57.2 y 58.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre), por no haber apreciado la caducidad del procedimiento administrativo sancionador.

El motivo quinto se basa en la infracción de los artículos 11.1 y 2.a) de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre); de los artículos 18 y 25 de la Constitución; del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea; del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989); y de la jurisprudencia. Tales infracciones derivarían de no haber apreciado que la denegación de un acceso incondicionado al SIPS estaba amparada por la normativa de protección de datos y demás preceptos constitucionales y legales mencionados.

En el motivo sexto se aduce la infracción de los artículos 9.3 y 24 de la Constitución y 217 y 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 25 de la Constitución, 6 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989) y 82 del Tratado de la Comunidad Europea; 10 de la Ley de Defensa de la Competencia y el principio de proporcionalidad; y, finalmente, de los artículos 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 24.2 de la Constitución, 137 de la Ley 30/1992 y 2 del Reglamento comunitario 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, así como de la jurisprudencia. Tales infracciones derivarían de la falta de consideración de determinados hechos por parte de la Sentencia que habrían de ser integrados y valorados, aun respetando la valoración de la prueba efectuada por el Tribunal sentenciador.

El motivo séptimo se funda en la infracción de los artículos 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 24.2 de la Constitución, 137 de la Ley 30/1992, los del citado Reglamento comunitario 1/2003 y de los principios de audiencia y contradicción. Estas infracciones se deberían a que la Sentencia habría confirmado una sanción respecto de una imputación basada en meros indicios, vulnerando la prueba por presunciones, y conculcando los citados principios de audiencia y contradicción.

En el motivo octavo se aduce la infracción del artículo 25 de la Constitución, 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, al haber conculcado el principio de tipicidad y entender erróneamente que se había cometido un abuso de posición dominante.

Finalmente, el motivo octavo se funda en la infracción del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, de los artículos 14 y 120.3 de la Constitución, 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del principio de proporcionalidad, por no haber valorado adecuadamente al graduar la sanción las circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes.

Esta Sala ha examinado ya el problema de las restricciones al acceso pleno e incondicionado a los SIPS con motivo de recursos contra otras sanciones impuestas por la Comisión Nacional de la Competencia en las Sentencias de 25 de noviembre de 2.013 (RC 4.663/2.010) y de nueve de julio de 2.014 (RC 3.786/2.011). En congruencia con el principio de unidad de doctrina, seguiremos el mismo criterio adoptado en dichas resoluciones en relación con las cuestiones materiales de fondo coincidentes.



SEGUNDO .- Sobre los motivos primero y tercero, relativos a la incongruencia omisiva y a la insuficiencia de motivación.

En el primer motivo la parte recurrente considera que la Sentencia impugnada no ha dado respuesta a siete cuestiones planteadas en la demanda en relación con el principio de tipicidad, la prueba por presunciones y el principio de proporcionalidad en relación con el cálculo de la sanción. En cuanto al tercer motivo, se funda en la insuficiente motivación en relación con el principio de proporcionalidad y la gradación de la sanción.

Las cuestiones a las que se refiere el motivo primero serían:

a) en relación con la vulneración del principio de tipicidad por haber sancionado la conducta consistente en la negativa al acceso masivo e incondicionado al SIPS se habrían dejado sin respuesta dos alegaciones, el amparo de la conducta sancionada por la normativa sectorial aplicable y la actuación del regulador y el carácter no indispensable ni objetivamente necesario del SIPS;

b) la vulneración de la doctrina de la prueba por presunciones, por haber sancionado una conducta consistente en una supuesta transmisión discriminatoria de información sin prueba suficiente, así como de los principios de contradicción y audiencia;

c) en relación con la vulneración del principio de proporcionalidad, así como del artículo 14 de la Constitución y del deber de motivación en el cálculo de la sanción, la recurrente considera que se han dejado sin respuesta cuatro alegaciones respecto al acto impugnado: la errónea valoración por parte de los efectos de las conductas imputadas; la errónea apreciación de que Endesa Distribución tuvo la intención de obstaculizar la entrada a nuevos competidores; la incorrecta valoración de la duración de la conducta; y la falta de valoración de determinadas circunstancias atenuantes. La insuficiencia de motivación denunciada en el tercer motivo coincide en esencia con estas omisiones, pues se refiere a los principios y exigencias atinentes a la gradación de la sanción.

Los motivos no pueden prosperar. En una constante y reiterada jurisprudencia hemos establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva se ve satisfecho con una respuesta a las pretensiones de las partes, así como a las alegaciones fundamentales en que se sustentan dichas pretensiones. Pero esto último no quiere decir, y así lo hemos indicado con frecuencia, que la respuesta deba dar contestación puntual y detallada a cada argumento y seguir fielmente la línea argumental de los escritos de las partes. En el caso de autos, no cabe duda de que la Sala de instancia ha dado respuesta a la pretensión de la parte actora de que se anulara la resolución sancionadora por inexistencia de conducta infractora y a las principales alegaciones que la sustentan. Así, en relación con la tipicidad, la Sentencia justifica que la conducta sancionada es antijurídica, lo que se hace en el fundamento de derecho quinto (*vide infra*), debiendo entenderse por rechazados los concretos argumentos no expresamente mencionados. Asimismo, en cuanto a la probanza de los hechos, la Sala asume los de la resolución sancionadora recogidos en el fundamento de derecho segundo, sin que se observe ninguna razón para sostener que la Sala hubiera debido extenderse ineludiblemente sobre la aplicación de la prueba por presunciones. Finalmente, lo expresado en el fundamento de derecho sexto en relación con la gradación de la sanción es una respuesta motivada suficiente sobre la proporcionalidad de la misma en consideración a las circunstancias concurrentes de hecho y de derecho, por mucho que no se aluden a concretos argumentos esgrimidos por la parte, lo que supone el rechazo tanto del tercer grupo de omisiones del primer motivo como de la insuficiencia de la motivación en que se basa el tercer motivo.

Deben pues rechazarse ambos motivos.

TERCERO .- Sobre el segundo motivo, referido a la incongruencia interna de la Sentencia impugnada.

En el segundo motivo la parte aduce que la Sentencia recurrida incurre en incongruencia interna debido a que tras acoger la alegación relativa a la errónea valoración de la facturación, no extrae ninguna consecuencia en cuanto a la cuantía de la sanción. Sin embargo, no hay tal incongruencia interna, como lo evidencia el propio párrafo del fundamento de derecho sexto (*vide infra*) de la Sentencia que la parte reproduce, puesto que la Sala razona que aun admitiendo la tesis de la recurrente sobre la facturación (que sólo había de tenerse en cuenta la de Endesa Distribución), la sanción se habría impuesto en su grado mínimo, por lo que la Sala entendió que la cuantía de la multa respetaba el principio de proporcionalidad. Tal conclusión podrá ser discutible, pero en modo alguno incongruente. La parte podrá denunciar, en su caso y como infracción normativa al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción -como efectivamente hace en el motivo octavo-, la infracción del principio de proporcionalidad o del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, pero no sostener que el argumento de la Sala es incoherente. En consecuencia, debemos rechazar también este motivo.

CUARTO .- Sobre el motivo cuarto, relativo a la caducidad del procedimiento sancionador.



En el motivo cuarto Endesa Distribución sostiene que la resolución sancionadora era inválida por caducidad, al haberle sido notificada la remisión del expediente tramitado por la Dirección de Investigación a la Comisión Nacional de la Competencia transcurrido ya el plazo de doce meses previsto a tal efecto por el artículo 56.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (1.989).

La Sentencia rebatía este argumento en los siguientes términos:

" **CUARTO** : Entraremos ahora en el análisis de las distintas alegaciones realizadas por la actora en el escrito de demanda.

Se alega caducidad del expediente. El artículo 56 de la Ley 16/1989 :

" *El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia será de doce meses a contar desde la iniciación formal del mismo hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia o de la notificación del acuerdo que, de cualquier otro modo, ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio.* "

Hemos de destacar que la remisión del expediente junto con el Informe Propuesta al Consejo se produjo el 30 de abril de 2008, por otra parte el expediente se incoó el 3 de mayo de 2007, por lo que el trámite se cumplió dentro del plazo de doce meses establecido por la Ley 16/1989. Sostiene la actora que la fecha a tener en cuenta es la de la notificación del Acuerdo de remisión. Sin embargo, como correctamente se señala en la Resolución impugnada, tal requisito no se exige en el precepto antes transcrito, sin que sea de aplicación la Ley 30/1992 porque el régimen contenido en la Ley 16/1989 es especial frente a la norma general y por ello de preferente aplicación a los supuestos regidos por la norma especial.

Lo dicho respecto de la Ley 16/1989, es también predicable del régimen establecido en la Ley 15/2007.

Por escrito presentado el 16 de junio de 2008, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 16/1989 , la recurrente propuso, entre otras, la práctica de una prueba pericial para determinar los efectos del nivel de la tarifa regulada, si hubiesen impedido la entrada de la compañía codemandada en el mercado liberalizado y la adecuada evolución de este. Esta prueba fue rechazada. La recurrente entiende que ello vulneró el artículo 24 de la Constitución , en cuanto limitó injustificadamente los medios de defensa.

La prueba fue rechazada por entender que no era decisiva para la efectividad de la defensa, al no apreciarse un potencial valor exculpatario. Tal apreciación es fundada en Derecho y se encuentra en el ámbito de apreciación de la Administración. Por otra parte tal prueba fue practicada ante esta Sala, por lo que los hechos a los que se refiere serán valorados en la presente sentencia." (fundamento jurídico cuarto)

Tiene razón la Sala de instancia y debe rechazarse el motivo. En reiterada jurisprudencia hemos establecido que los requisitos procedimentales de la Ley de Defensa de la Competencia han de interpretarse según una interpretación sistemática de dicha Ley y de acuerdo con la naturaleza del procedimiento específico regulado en ella, que responde a las peculiaridades de los complejos expedientes tramitados en aplicación de la misma. Así, en relación con los plazos y la caducidad en los procedimientos de defensa de la competencia, hemos dicho:

" **TERCERO** .- Parece procedente iniciar el estudio de los recursos con el examen del cuarto motivo de ambos, en los que se aduce la infracción por la Sala de instancia de diversos preceptos legales y de jurisprudencia de este Tribunal que deberían haber conducido, en opinión de las entidades actoras, a la apreciación de caducidad del expediente sancionador. La Sala de instancia rechaza en el fundamento de derecho quinto de la Sentencia impugnada esta alegación en los siguientes términos:

"Hemos , por último, de examinar la cuestión relativa a la caducidad del expediente. El artículo 43.4 de la Ley 30/1992 establece la caducidad de los procedimientos no susceptibles de provocar una resolución favorable al interesado cuando se exceda el plazo señalado para resolverlos y treinta días más.

Pues bien:

A) La Ley 30/1992 no excluye en su disposición adicional octava los procedimientos seguidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia de su ámbito de aplicación, y el artículo 50 de la Ley de Defensa de la Competencia declara de aplicación supletoria los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo.

B) Ahora bien, tal aplicación supletoria lo es respecto de aquellos aspectos compatibles con la naturaleza de los procedimientos seguidos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia. Así las cosas hemos de recordar que la Ley 30/1992 en su artículo 92.4 excluye la aplicación de la caducidad cuando se encuentre implicado el interés público, como en el caso de los expedientes seguidos en defensa de la competencia en los que, junto a la potestad sancionadora, existe un claro interés público tutelado y unos perjudicados cuyos intereses legítimos han de ser protegidos. De otra parte, basta un examen de los plazos establecidos en la Ley de Defensa de la



Competencia para comprender que es imposible la tramitación en el tiempo señalado con carácter general para los expedientes sancionadores, lo que hace imposible la aplicación de tal plazo. Pero, por último, lo que es más importante, el efecto de la caducidad no es la anulación del acto dictado en el expediente caducado, sino el archivo de éste y el inicio de un nuevo expediente mientras no haya operado la prescripción, siempre antes de haber sido dictada la resolución de fondo. Ello resulta claro si atendemos a que el artículo 63.3 de la Ley 30/1992 no implica la nulidad del acto de imposición de una sanción administrativa fuera del plazo legalmente previsto para la tramitación del expediente sancionador.

De todo ello podemos concluir, en primer lugar, que no son aplicables los plazos que con carácter general se establecen para la tramitación de expedientes sancionadores; en segundo lugar, que aún habiendo excedido los plazos máximos señalados en la Ley de Defensa de la Competencia y treinta días más -por aplicación del artículo 43.4 de la Ley 30/1992-, existe un claro interés público que no puede verse afectado por la caducidad, al menos en la declaración de ser la conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia; y, en tercer lugar, respecto de la sanción impuesta, no resulta anulable por aplicación del artículo 63.3 de la Ley 30/1992 por el simple hecho de que el expediente haya excedido los plazos de tramitación, ya que el efecto de la caducidad es el archivo de actuaciones antes de dictar la Resolución de fondo, con posibilidad de reiniciar otro expediente con el mismo objeto antes de que se haya producido la prescripción, pero no arrastra a la anulación la Resolución recaída fuera de plazo." (fundamento jurídico quinto)

En síntesis la Sala de instancia rechaza la caducidad por las tres razones que expone acumulativamente: primero, por entender que no serían aplicables los plazos establecidos con carácter general para la tramitación de los expedientes sancionadores; segundo, porque en todo caso entraría en juego la previsión del artículo 92.4 de la Ley 30/1992 sobre inaplicación de la caducidad en supuestos en que resulte afectado el interés público; y finalmente, porque en todo caso la caducidad del expediente no acarrearía la nulidad de la resolución recaída fuera de plazo.

Entienden las actoras, por el contrario, que la caducidad del expediente o, en su caso, del ejercicio de la potestad sancionadora se desprende de lo dispuesto en los artículos 43.4, 92.4 y disposición adicional tercera de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; del artículo 20.6 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto; y del artículo 56 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en la redacción dada por la Ley 66/1997.

Señala en primer lugar la Caja de Baleares que la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia en 1.997, al añadir el artículo 56 que establece un plazo máximo de duración del expediente sancionador de dieciocho meses ante el Servicio de Defensa de la Competencia y de doce meses ante el Tribunal, ha venido a dar cumplimiento al mandato de la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 30/1992. Pero que, en todo caso, antes de la entrada en vigor de dicho precepto la caducidad se producía igualmente, si bien en el plazo de seis meses previsto en el artículo 20.6 del Reglamento sobre procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993). Lo contrario supondría entender que los órganos de defensa de la competencia podían paralizar indefinidamente un procedimiento sancionador sin que ello tuviera como consecuencia la caducidad del mismo, lo que no resulta admisible desde la entrada en vigor de la Ley 30/1992.

Procede comenzar con el examen del primer fundamento en que la Sentencia impugnada basa el rechazo de la caducidad del expediente por el que se sancionó a las actoras, puesto que si el mismo es acertado, frente a lo que aducen las recurrentes, habría ya que rechazar el cuarto motivo de ambos recursos. Pues bien, es preciso partir del hecho de que hasta la introducción del artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia por la Ley 66/1997, no había ninguna previsión específica de un plazo máximo de duración de los expedientes sancionadores en la materia cuya extralimitación supusiera la caducidad del expediente. En efecto, ni en la propia Ley de Defensa de la Competencia ni en los Reglamentos de funcionamiento del propio Tribunal (Real Decreto 538/1965, de 4 de marzo) o del Servicio de Defensa de la Competencia (Real Decreto 422/1970, de 5 de febrero) se contempla plazo alguno de caducidad, sino tan sólo plazos concretos para los sucesivos trámites que se han de seguir en un expediente sancionador; de las tres normas citadas, tan sólo el Real Decreto 422/1970 contempla un plazo global de seis meses para la instrucción del expediente por parte del Servicio (artículo 26.1), pero tampoco lo configura como un plazo de caducidad.

La inexistencia de plazo máximo de duración del procedimiento en la propia normativa de defensa de la competencia plantea la necesidad de dilucidar la aplicabilidad en la materia -y hasta la introducción del artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia en 1.997- del plazo de caducidad estipulado en el artículo 20.6 del Reglamento sobre procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por el Real Decreto 1398/1993 en cumplimiento del mandato contenido en la disposición adicional tercera de la Ley 30/1992. De ser aplicable ciertamente se habría producido la caducidad del expediente origen del presente recurso -cuya duración fue de casi dieciocho meses-, puesto que el citado artículo 20.6 establece un plazo de seis meses



para dictar la resolución sancionadora, transcurrido el cual se iniciaría el plazo de caducidad de 30 días previsto en el artículo 43.3 de la Ley 30/1992 en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, según establece expresamente el propio artículo 20.6 del Reglamento.

Sin embargo, tiene razón la Sentencia impugnada al entender que la aplicación de la Ley 30/1992 a los procedimientos de defensa de la competencia es supletoria en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la Ley de Defensa de la Competencia. Así lo dispone el artículo 50 de esta Ley, debiendo entenderse hoy la remisión a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1.958 a la Ley 30/1992. Por su parte, ésta última Ley, como *lex posterior*, señala en su Disposición derogatoria, apartado 3, que "se declaran expresamente en vigor, cualesquiera que sea su rango, que regulen procedimientos de las Administraciones Públicas en lo que no contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente Ley". Finalmente, lo previsto por la Disposición Adicional Séptima de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas, Fiscales y de Orden Social, evita cualquier duda al respecto, al determinar que "los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por sus normativas específicas y supletoriamente por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común". Así pues hay que estar en relación con la cuestión que nos atañe sobre duración del procedimiento sancionador en defensa de la competencia a lo previsto en la propia Ley 16/1989, siendo la Ley 30/1992 supletoria en lo no previsto por aquélla.

Pues bien, llegados a este punto hay que concluir que a la vista de los plazos parciales que la propia Ley de Defensa de la Competencia o sus reglamentos de desarrollo contemplan para los diversos trámites - entre los que destaca el de seis meses sólo para el procedimiento de instrucción por el Servicio de Defensa de la Competencia- no puede considerarse aplicable, por resultar incompatible con la regulación específica en la materia, el plazo que se alega por las recurrentes de seis meses contemplado en el artículo 20.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora que desarrolla la Ley 30/1992, que da paso al plazo de caducidad de 30 días previsto en el anterior artículo 43.3 de la Ley 30/1992. Esta ha sido la postura reiteradamente mantenida por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia (por todas, Resolución de 21 de junio de 1.999), que, en un examen de los diversos trámites previstos por la Ley de Defensa de la Competencia ha señalado:

"Otra razón fundamental para la no aplicabilidad del citado art. 43.4, es la multitud de trámites que han de seguirse en dos órganos sucesivamente para que se produzca una resolución que, aun con plazos breves y tasados, haría absurda la aplicación a este procedimiento del plazo de 6 meses establecido en el RD 1398/19993, que está previsto para actuaciones generales de la Administración en el ámbito sancionador. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991 establece que las leyes no pueden interpretarse de forma que conduzcan a resultados absurdos.

La LDC no establecía plazos máximos de tramitación, sino plazos para los múltiples trámites previstos en ella, pues se trata de un singular y especial procedimiento a dos niveles: instrucción en el Servicio de Defensa de la Competencia y resolución por el Tribunal. El procedimiento en el Servicio incluye la instrucción de una información reservada, en su caso, la incoación del expediente, la publicación de una nota sucinta en el BOE o en un diario para que cualquiera pueda aportar información en un plazo de hasta 15 días, la práctica de los actos de instrucción necesarios para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, el establecimiento de un Pliego de concreción de Hechos, su notificación a los infractores para alegaciones y proposición de pruebas por plazo de 15 días, la valoración de pruebas por plazo de 10 días y la redacción del informe que se eleva al Tribunal (arts. 36 y 37 LDC). Llegado el expediente al Tribunal, éste resolverá sobre su admisión en el período de 5 días, poniendo el expediente de manifiesto a los interesados y concediéndoles un período de 15 días para proposición de pruebas y solicitud de celebración de vista; sobre la pertinencia de las pruebas el Tribunal resolverá en el plazo de 5 días; practicada la prueba ante el Tribunal (al menos 20 días), su resultado se pondrá de manifiesto a los interesados para su valoración por un plazo de 10 días; pasando, por fin, a vista o conclusiones (plazo de 15 días), salvo que se aplase la resolución por acordarse diligencias para mejor proveer o por concurrencia con procedimiento en Órganos Comunitarios europeos (arts. 39 a 44). A dichos plazos hay que añadir los de notificación de los citados actos y de recepción de los escritos de los interesados, que pueden presentarlos en multitud de dependencias (art. 38 Ley 30/1992).

Los plazos que la LDC establece para cada uno de los trámites constituyen un equilibrio de garantías para las partes en litigio, asegurando el derecho de contradicción y la igualdad de armas, que hacen imposible que el procedimiento pueda finalizar en su fase administrativa en el plazo de seis meses previsto como norma general por el RD 1398/1993. Este hecho es reconocido en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que, aparte de establecer en su disposición adicional séptima que "los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por su normativa específica y supletoriamente por la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y



del Procedimiento Administrativo Común', añade un nuevo artículo 56 a la LDC , limitando el plazo máximo de duración del procedimiento a 18 meses ante el Servicio y 12 meses ante el Tribunal con posibilidad de interrupciones por diversas causas." (fundamento de derecho segundo de la Resolución citada)

Lo dicho hasta ahora obliga a dar respuesta a la alegación formulada por la Caja de Baleares sobre que la inaplicabilidad del plazo contemplado en el Reglamento sobre Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora dejaría en manos del Tribunal de Defensa de la Competencia la posibilidad de una duración indefinida de un procedimiento sancionador. Ciertamente esa consecuencia no sería admisible, pues pugnaría con el más elemental principio de seguridad jurídica. Como lo cierto es que hasta la entrada en vigor del artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia no existía previsión al respecto, hay que entender que en ningún caso un procedimiento sancionador hubiera podido prolongarse más allá de lo necesario para cumplir los plazos contemplados en la propia Ley de Defensa de la Competencia, ni más allá de una duración máxima razonable en función de las circunstancias y complejidad del caso. Ahora bien, a la hora de concretar semejante criterio general hay que tener en cuenta que la acción posterior del legislador ofrece ya una referencia concreta para apreciar si un procedimiento sancionador en la materia pudiera haber superado la máxima duración razonable. En el caso de autos, como ya se ha dicho, el procedimiento no alcanzó los dieciocho meses (del acuerdo de incoación de 2 de febrero de 1.995 a la Resolución dictada el 31 de julio de 1.996), plazo muy inferior al que inicialmente se introdujo en el referido artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia por el artículo 100 de la Ley de Medidas ya citada 66/1997 (un año y medio de plazo ante el Servicio de Defensa de la Competencia y un año para dictar la resolución por el Tribunal, que da entrada a un plazo de caducidad de treinta días) y al más breve en vigor desde la Ley 55/1999 (que redujo un año la duración de la instrucción ante el Servicio). Se concluye pues, que en el caso presente y teniendo en cuenta la naturaleza del expediente sancionador y los plazos máximos que el legislador ha entendido adecuados en la materia con posterioridad, no puede considerarse que se haya superado un plazo razonable.

Vista la no aplicabilidad del plazo de caducidad derivado del artículo 20.6 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora no es preciso ya examinar los fundamentos adicionales utilizados por la Sentencia de instancia y combatidos por los recurrentes: por un lado el relativo a la eventual inaplicación de la caducidad por razones de interés general de acuerdo con lo prevenido por el artículo 92.4 de la Ley 30/1992 y, por otro, la errónea aplicación que se hace en la Sentencia de la previsión del artículo 63.3 de la Ley 30/1992 a supuestos de caducidad.

Ha de rechazarse, en definitiva, el motivo de casación cuarto de ambos recursos." (Sentencia de esta Sala de 31 de marzo de 2.004 -RC 8.536/1.999 -, fundamento de derecho tercero)

En lo que al plazo de 12 meses previsto en el artículo 56.1 relativo a la fase del procedimiento que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia, ha de interpretarse en sus propios términos, esto es, "hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia", a diferencia de cualquier otro acuerdo "que ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio", en cuyo caso el precepto se refiere expresamente a la notificación de estos otros acuerdos. Así pues, al remitirse el expediente dentro del plazo de 12 meses establecido en el referido artículo 56.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , el expediente no incurrió en caducidad, sin que pueda proceder la aplicación supletoria de las normas procedimentales comunes sobre las específicas de la Ley de Defensa de la Competencia, según lo razonado en nuestra jurisprudencia.

QUINTO .- Sobre el motivo quinto, relativo a la legislación sobre protección de datos.

En cuanto al fondo del asunto, la recurrente aduce en el motivo quinto la infracción de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal que, a juicio de la recurrente, le impedía acceder a un acceso masivo e inmediato a la información contenida en los SIPS.

La Sentencia impugnada se pronunciaba en relación con este alegato de la siguiente manera:

" **QUINTO** : El examen del alcance jurídico de los hechos concurrentes, pasa por el análisis de dos preceptos, esenciales en la resolución del presente supuesto:

El artículo 6 de la Ley 16/1989 en su redacción igualmente por Ley 52/1999 establece: " 1. a.- *Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.* b.- *De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares.* 2. *El abuso podrá consistir, en particular, en:* a) *La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.* b) *La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.* c) *La negativa injustificada a satisfacer las demandas de*



compra de productos o de prestación de servicios. d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos. f) La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de 6 meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas por el proveedor o en caso de fuerza mayor. g) Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se tengan pactadas. "

B) El artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: " El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas... " - hoy la suma ha de entenderse de 901.518,16 euros -.

El tipo sancionado en el artículo 6 lo es el abuso de posición de dominio o de la situación de dependencia económica, lo que presupone dos elementos, la existencia de una posición de dominio en el mercado de referencia o una dependencia económica y el abuso de tal posición o dependencia. Las conductas que se consideran abusivas y se explicitan en el propio precepto, lo son a título enunciativo, pues el elemento esencial lo es que la conducta sea efectivamente abusiva aún no respondiendo a alguno de los supuestos señalados por la norma. El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que la conducta sea objetivamente apta para alcanzar tal fin, tenga éxito o no la misma.

La sentencia de 17 de febrero de 2011 del Tribunal de Justicia declara en su parte dispositiva:

" A falta de toda justificación objetiva, puede constituir un abuso en el sentido del artículo 102 TFUE el hecho de que una empresa verticalmente integrada, que ocupa una posición dominante en el mercado mayorista de los insumos para ADSL, aplique una práctica tarifaria como la de que la diferencia entre los precios aplicados en dicho mercado y los aplicados en el mercado minorista de las prestaciones de conexión de banda ancha a los clientes finales no baste para cubrir los costes específicos que esa misma empresa ha de soportar para acceder a este mercado minorista.

En el marco del examen del carácter abusivo de tal práctica, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de cada caso concreto. En particular:

han de tomarse en consideración, en principio y de manera preferente, los precios y costes que la empresa de que se trate aplique en el mercado de las prestaciones minoristas. Únicamente cuando, habida cuenta de las circunstancias, no sea posible hacer referencia a dichos precios y costes, procede examinar los de los competidores que operan en ese mismo mercado, y

es necesario demostrar que, habida cuenta, en particular, del carácter indispensable del producto mayorista, dicha práctica produce un efecto contrario a la competencia, al menos potencial, en el mercado minorista, sin que esto esté económicamente justificado.

Para realizar dicha apreciación no son pertinentes, en principio:

la falta de toda obligación reglamentaria de que la empresa de que se trate suministre los insumos para ADSL en el mercado mayorista en el que ocupa una posición dominante; el grado de dominio del mercado por parte de dicha empresa;

el hecho de que la referida empresa no ocupe también una posición dominante en el mercado minorista de las prestaciones de conexión de banda ancha a los clientes finales; el hecho de que los clientes a los que se aplica tal práctica tarifaria sean clientes nuevos o existentes de la empresa de que se trate; la imposibilidad de que la empresa dominante recupere las posibles pérdidas que el establecimiento de tal práctica tarifaria le hubiera podido causar, ni el grado de madurez de los mercados de que se trata y la presencia en ellos de una nueva tecnología que exija grandes inversiones. "

Respecto a los elementos que integran el tipo infractor, hemos de señalar:

1.- Por lo que hace a la posición de dominio, compartimos las afirmaciones contenidas en la Resolución impugnada:

" La posición de dominio de Endesa Distribución en los mercados locales de distribución en los que se extiende su red es incontestable, constituyendo además una situación estable a medio y largo plazo al amparo de la normativa legal vigente. Le resulta por tanto de aplicación la prohibición prevista en el artículo 6 de la Ley 16/1989



, de acuerdo con lo previsto en el apartado tercero de dicho artículo. Ninguno de los interesados ha cuestionado esta definición de mercados realizada por la Dirección de Investigación ni la posición de dominio de Endesa Distribución. "

2.- La conducta imputada es también examinada por la resolución impugnada en términos que asumimos en su integridad:

" En el contexto descrito, lo que se dirime es si ENDESA DISTRIBUCIÓN ha actuado de manera abusiva, obstaculizando el acceso a la información de clientes y discriminando a favor del grupo, de tal forma que se haya infringido el artículo 6 de la Ley 16/1989 y el artículo 82 del TCE .

Endesa Distribución reconoce abiertamente que ha condicionado el acceso a la información contenida en el SIPS. En efecto, Endesa Distribución no puso en marcha el SIPS hasta marzo de 2006 -el acceso telemático hasta octubre 2008- y desde entonces hasta 2006 ha requerido para que los comercializadores accedieran al mismo el CUPS, dato que forma parte del propio SIPS al que los comercializadores deben tener acceso, así como el NCA, un dato interno del sistema de contratación del distribuidor. El Real Decreto 1435/2002, ni antes ni después de su modificación por el Real Decreto 1454/2005 establece que sea necesario aportar tales datos para asegurarse el acceso a la información del SIPS.... Sin embargo, precisamente una de las cosas que el legislador ha pretendido con esta normativa ha sido permitir a los comercializadores el acceso previo a la información para facilitar la realización de ofertas a clientes y reducir los costes de la comercialización...Esta filosofía se desprende tanto del informe 7/2005 de la CNE sobre la propuesta de RD por el que se adapta la normativa del sector eléctrico a lo dispuesto en el RDL 5/2005 de 11 de marzo reformas urgentes para el impulso de la productividad, como de la contestación de dicho órgano al requerimiento de información que le realiza la Dirección de Investigación con motivo de este expediente. La CNE expresa que la normativa pretende que los comercializadores tengan acceso a todos los datos del registro. El CUPS es uno de estos datos. "

Por otra parte, en relación con la imputación relativa a trato discriminatorio, también compartimos los argumentos recogidos en la Resolución impugnada:

" El denunciado trata de desvirtuar la conducta que se le imputa sosteniendo que no hay prueba directa de que Endesa Energía haya accedido a la información y que no se cumplen en este caso los requisitos de la prueba de presunciones. Pero, no es eso de lo que aquí se trata. Endesa Distribución es un operador que disfruta de un monopolio legal sobre la red de distribución eléctrica por lo que, de acuerdo con el marco normativo nacional y comunitario, viene sujeto a obligaciones de transparencia y separación funcional.

Existe prueba directa de que ha puesto a disposición de Endesa SA y Endesa Operaciones y Servicios Comerciales S.L.U. información muy sensible comercialmente. La primera es matriz de EE y la segunda le presta servicios de apoyo comercial. El hecho de que ponga a disposición de sociedades del grupo una información que tiene claros fines comerciales cuando tal información no resulta accesible al resto de comercializadores resulta claramente discriminatorio. Esta discriminación tiene un claro efecto, al menos potencial, en el mercado. Así lo ha considerado al menos el legislador nacional y el comunitario que han establecido todo tipo de cautelas para asegurar la neutralidad de los distribuidores en el tratamiento a los comercializadores. Cautelas que realizando de nuevo una interpretación abusiva del marco normativo, Endesa Distribución trata de vulnerar. La conducta infractora que se analiza no radica en si Endesa Energía ha hecho uso de esa información. De hecho, no es Endesa Energía aquí el imputado. Se trata de que Endesa Distribución, conocedor de las obligaciones que impone el marco normativo y anticipándose a la plena entrada en vigor de liberalización para clientes domésticos el 1 de enero de 2003, pone a finales de 2002 información comercialmente sensible a disposición de empresas del grupo. Y no a empresas cualesquiera, sino a aquellas que determinan o colaboran directamente con la estrategia comercial de Endesa Energía. Se trata de una discriminación ante la cual la empresa dominante no ha ofrecido justificación objetiva solvente y que, de acuerdo con las autoridades sectoriales y de competencia, nacionales y comunitarias, tiene un efecto potencial sobre la competencia muy grave. "

3.- Potencial efecto de la conducta en el mercado. La sentencia del Tribunal de Justicia antes citada se refiere a ella al señalar " es necesario demostrar que, habida cuenta, en particular, del carácter indispensable del producto mayorista, dicha práctica produce un efecto contrario a la competencia, al menos potencial, en el mercado minorista, sin que esto esté económicamente justificado ". Este requisito, unido a los efectos de la LO de Protección de Datos, es la cuestión realmente discutida.

La Resolución impugnada razona el efecto de la conducta sobre el mercado en los siguientes términos:

" La información contenida en el SIPS se considera desde la perspectiva del legislador español objetivamente necesaria para diseñar una política comercial efectiva, que contrarreste los elevados costes de cambio de los consumidores, la fidelidad a la marca del incumbente y a la que no se puede acceder de otra manera a un coste



razonable. La exigencia de suministrar el CUPS y el NCA para acceder al SIPS supone que los comercializadores tienen que asumir:

a) *Unos costes directos, como son, primero el coste de localización de los clientes, esto es, a qué clientes dirigirse. Esto incluye el coste de adquisición de los registros de clientes.*

Segundo, el coste de obtención de los datos requeridos por el distribuidor para acceder a la información completa (CUPs y NCA). Tercero, el coste de los procedimientos de solicitud de acceso al SIPS, puesto que el comercializador tiene que cursar y hacer un seguimiento de solicitudes de forma individual.

b) *Una menor eficacia: Estos mayores costes llevan además aparejada una menor eficacia de la actuación comercial. El comercializador ve reducida la eficacia de su estrategia comercial porque 1) no sabe ex ante a que consumidores le resulta más rentable dirigirse para obtener la información y 2) con la información que obtiene no puede hacer ofertas a grupos de clientes o a zonas territoriales. O sea que incurre en mayores costes para desarrollar una política comercial que resulta además menos eficaz.*

c) *Un mayor riesgo: Costes indirectos derivados de que queda más expuesta la estrategia comercial del comercializador que solicita la información. Al no ser el acceso incondicionado la estrategia del comercializador queda más en evidencia, lo cual no resulta indiferentes en un contexto en el que la neutralidad de los distribuidores hacia los comercializadores ajenos a su grupo esta bajo cuestión. "*

Analizaremos ahora los argumentos centrales de la demanda para afirmar la inexistencia de los elementos del tipo que hemos descrito. Son dos, el primero, que el acceso masivo e incondicionado a los datos se encuentra prohibido por la Ley Orgánica de Protección de Datos, el segundo, que el déficit tarifario restringe la competencia en el mercado de suerte que la conducta imputada no tiene incidencia en él habida cuenta de la restricción existente.

La Ley Orgánica 15/1999 determina, en su artículo 2 , el ámbito de aplicación:

" 1. La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado.

Se regirá por la presente Ley Orgánica todo tratamiento de datos de carácter personal:

a. *Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.*

b. *Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público.*

c. *Cuando el responsable del tratamiento no este establecido en territorio de la Unión Europea y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.*

2. *El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación:*

a. *A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.*

b. *A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.*

c. *A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia Española de Protección de Datos.*

3. *Se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales:*

a. *Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral.*

b. *Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública.*

c. *Los que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas.*

d. *Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes.*



e. *Los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia. "*

Su objeto en el artículo 1:

" La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar. "

Pero la propia Agencia de Protección de Datos interpreta la LO en su aplicación al supuesto debatido, tal como se recoge en la Resolución de la CNC:

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

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

" El establecimiento de las condiciones de transparencia en el mercado unido a la prohibición de limitación del acceso a la información en condiciones que pudieran suponer una distorsión en el mismo fundamentaría las habilitaciones legales establecidas en los artículos 41.1.m) y 45.2 d) de la Ley 54/1997, delimitando igualmente la finalidad que justificará la cesión de los datos y, en consecuencia, los límites a los que dicha cesión podría referirse. "

Esta interpretación es ajustada al espíritu y finalidad de la Ley Orgánica 15/1999, que admite modulaciones a su contenido establecidas por normas sectoriales en la protección de otros intereses generales, en éste caso, la libre competencia en el mercado, que, no olvidemos, implica un beneficio para los consumidores. No podemos por ello aceptar el límite que a la cesión de datos opone la recurrente.

La segunda cuestión, relativa a la incidencia del déficit tarifario en el mercado ha sido objeto de prueba pericial ante esta Sala.

Todos los peritos han coincidido que el nivel de la tarifa ha obstaculizado la entrada en el mercado de las compañías comercializadoras independientes en el segmento liberalizado del mercado de suministro de electricidad en baja tensión en España, desde diciembre de 2005 a mayo de 2008.

El problema se plantea por lo tanto en la aptitud de la conducta enjuiciada para, al menos potencialmente, restringir la libre competencia en el mercado, porque si, como razona la recurrente, la competencia estaba ya restringida, la conducta imputada no tenía aptitud para incidir en la libre competencia.

En este punto hemos de recordar los razonamientos de la Resolución impugnada:

" Segundo, la imputación no trata de establecer que la única causa de la falta de competencia en el mercado sea la negativa de acceso al SIPS, ni ello es condición necesaria para concluir la existencia de un abuso. La falta de acceso está acreditada y sin duda contribuye a deteriorar las condiciones de competencia en el mercado al elevar los costes de acceso de las comercializadoras, sin perjuicio de que haya otros factores que, como los que Endesa denuncia, deterioren la competencia.

Tercero, el que el déficit de tarifa pueda debilitar en determinados periodos la competencia en el mercado no justifica que no se reduzcan los costes de cambio a los clientes y de comercialización a los competidores como pretende el marco normativo liberalizador. De hecho, dados los escasos márgenes que, de acuerdo con la propia Endesa Energía se perciben en la actividad de comercialización, cualquier posible reducción de costes parece relevante. Especialmente si se trata de costes previos a la captación de clientes, que tienen carácter de hundidos.

Cuarto, resulta necesario valorar esta reducción de costes con una perspectiva dinámica. En un mercado que afronta un estadio de liberalización incipiente para las empresas resulta crucial tomar posiciones. Máxime cuando, como la propia Endesa Distribución reconoce, los entrantes se enfrentan a la competencia de un grupo que se beneficia en el segmento doméstico de una enorme fidelidad a la marca. Por ello el legislador considera el acceso a la información relevante, de manera que los entrantes puedan preparar sus estrategias comerciales, incluso en periodos donde otro tipo de factores dificultan la competencia. "

" La conducta analizada tiene sin duda aptitud para eliminar la competencia en el mercado descendente. Así lo ha reconocido la Comisión Europea que, como veíamos en el Fundamento de Derecho Noveno, ha considerado que



la negativa de acceso a la información sobre puntos de distribución y la discriminación en materia de información a favor de empresas del propio grupo dentro del catálogo de conductas susceptibles de eliminar la competencia en el mercado y reforzar el poder de los incumbentes. Al obstaculizar el acceso a la información se elevan los costes de entrada y de desarrollo en un mercado en proceso de liberalización incipiente. Ello reduce el abanico de ofertas que los clientes pueden recibir, repercute negativamente en sus costes de transacción y en la probabilidad de que la oferta que el comercializador puede hacerle compense al cliente. "

Es cierto y ha quedado acreditado, que el nivel de las tarifas distorsionaba la competencia, pero no puede negarse que la denegación del acceso a los datos que nos ocupan, era una causa concurrente con aptitud, al menos potencial, para restringir la competencia." (fundamento jurídico quinto)

Pues bien, sobre esta misma cuestión hemos dicho en la Sentencia de 25 de noviembre de 2.013 -RC 4.663/2.010 -:

" **Quinto.**- En efecto, el primer motivo casacional se apoya en la supuesta justificación de la conducta de la empresa distribuidora, en cuanto con ella no habría sino dado cumplimiento al deber legal de mantener los datos confidenciales de sus clientes, tal como deriva del artículo 41 de la Ley del Sector Eléctrico . Sostiene "E.ON Distribución, S.L." que dicho artículo sólo le obligaba a ceder los datos a la Administración, no al resto de las empresas del sector, y que el respeto del mandato legal no podía ser cuestionado sobre la base de la modificación del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 , operada por virtud del Real Decreto 1454/2005 (esto es, el precepto reglamentario que, tras su reforma en el año 2005, reconocía de modo expreso el derecho de los comercializadores a acceder a los datos del SIPS).

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

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

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

Bajo estas mismas premisas las alegaciones de "E.ON Distribución, S.L." expuestas en esa parte del primer motivo deben ser rechazadas. La Sala de instancia no incurre en el "defectuoso tratamiento de la prohibición de cesión de datos personales" que le imputa la sociedad recurrente cuando se limita a aplicar la norma



vigente en el momento de los hechos. La reforma del artículo 7 del Decreto 1435/2002 que llevó a cabo el Real Decreto 1454/2005 claramente disponía que las empresas distribuidoras no sólo debían dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitieran la consulta de datos del registro de puntos de suministro (y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y los comercializadores de energía eléctrica), sino que reconocía el derecho de estos últimos a acceder gratuitamente a los datos contenidos en el citado registro. El reconocimiento del derecho de acceso de los comercializadores no podía ser puesto en entredicho por las distribuidoras mediante exigencias que -como en este caso ocurrió- hacían inviable, o muy difícilmente viable, su ejercicio.

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

A *fortiori* , el derecho de los comercializadores de acceder a los referidos datos sería más tarde refrendado por la Ley 17/2007, de 4 de julio, que modificó el artículo 45 de la Ley del Sector Eléctrico , así como por la Disposición adicional tercera de la Orden ITC/3860/2007, 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 ." (fundamento de derecho quinto)

Las mismas razones conducen a la desestimación del motivo quinto del presente recurso.

SEXTO .- Sobre los motivos sexto y séptimo, relativo a la valoración de la prueba y a la prueba por presunciones.

La recurrente dedica estos dos motivos a cuestiones relativas a la prueba. En el sexto sostiene que hay circunstancias de hecho que no han sido tenidas en cuenta por la Sala y que habría que integrar, lo que conllevaría cambios en la valoración de la prueba. En el motivo séptimo, se arguye que la Sala ha confirmado una sanción basada en meros indicios, vulnerando la doctrina de la prueba por presunciones, así como los principios de contradicción y audiencia.

En relación con los hechos que dieron pie a la sanción, la Sentencia recurrida asume la declaración de hechos de la resolución impugnada en los siguientes términos:

" **SEGUNDO** : De los hechos declarados probados por la Resolución impugnada, y que esta Sala asume por resultar acreditados en el expediente administrativo y sin perjuicio de lo que después diremos sobre la pericial practicada, hemos de destacar los siguientes:

" *ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U. es una sociedad dedicada a la distribución de energía eléctrica, filial al 100% de ENDESA RED S.A. que a su vez es filial al 100% de ENDESA S.A. Consta en la página web del grupo que ENDESA RED S.A. fue creada el 22 de septiembre de 1999 como culminación del proceso de integración de las compañías de distribución de ámbito territorial de ENDESA en España. ENDESA RED agrupa a ENDESA DISTRIBUCIÓN y a ENDESA OPERACIONES Y SERVICIOS COMERCIALES, S.L. Esta segunda sociedad desarrolla actividades de apoyo comercial a las compañías energéticas de ENDESA. En particular, según consta también en la página web, a ENDESA ENERGÍA.*



ENDESA ENERGÍA S.A. es una sociedad filial controlada al 100% por ENDESA S.A., matriz del Grupo Endesa. ENDESA ENERGÍA inició sus actividades el 3 de febrero de 1998. Fue creada para realizar actividades de comercialización en el mercado liberalizado. La actividad fundamental de ENDESA ENERGÍA es el suministro de energías y servicios de valor añadido a los clientes que deciden ejercer su derecho a elegir suministrador y recibir el servicio en el mercado liberalizado.

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

" Geográficamente, las redes de ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U. se extienden por las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Cataluña, la mayor parte de la provincia de Badajoz, así como por las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. De acuerdo con los datos CNE, en 2006 distribuyó por sus redes más de 100.000 Gwh, lo que supone el 42% del total de energía eléctrica distribuida a escala nacional.

El grupo Endesa suministra energía a sus clientes finales tanto a través de ENDESA ENERGÍA en el mercado libre como de ENDESA DISTRIBUCIÓN en el mercado a tarifa. Se trata del grupo líder en el mercado de suministro a pequeños clientes, con una cuota de mercado en términos de energía suministrada que ha permanecido estable en torno al 45% en el total nacional. En términos absolutos sus ventas siguen una tendencia creciente, desde 43.157 GWh suministrados en 2001 a 46.216 GWh en 2006, de los cuales alrededor de 15.600 GWh corresponden al suministro a PYMES según datos CNE para ese año. En términos de clientes, la evolución es similar, pasando de 10.022.103 clientes en 2001 a 11.203.181 clientes en 2006.

La proporción que representó el segmento de suministro libre sobre las ventas del grupo ENDESA a pequeños clientes en ese ejercicio fue del 10 % en términos de clientes y de un 15% en términos de energía.

De acuerdo con los datos de la CNE, el operador con mayores ventas en el mercado liberalizado durante todo el periodo analizado ha sido ENDESA ENERGÍA tanto desde el punto de vista del número de clientes como del volumen de energía suministrado. Si bien la cuota en energía ha descendido, pasando desde un 50% a principios de 2006 hasta un 40% al final de 2008, la evolución de su cuota en número de clientes ha sido ascendente pasando de un 50% en 2006 a un 60% a partir de 2007. "

" Como recoge la Dirección de Investigación en su Informe Propuesta el grado de fidelización medido como la cuota que representa ENDESA ENERGIA en la red de ENDESA DISTRIBUCIÓN, mostraba en términos de energía suministrada valores del 88 % para grandes consumidores y un 82% para pequeños consumidores en 2006, año que exhibe el valor mas alto de la serie. En 2008 este porcentaje es del 76,40% de acuerdo con datos publicados por la CNE para el total de suministros, incluidos grandes consumidores. En términos de puntos de suministro la cuota de fidelización es todavía más alta y resistente. Como recoge el Informe Propuesta, la cuota de clientes de ENDESA ENERGIA en la red de ENDESA DISTRIBUCIÓN era del 87% para grandes clientes y del 82% para pequeños clientes. De acuerdo con los datos publicados por la CNE, el 91,44% de los puntos de suministro de ENDESA DISTRIBUCIÓN en el mercado liberalizado (incluyendo pequeños y grandes clientes) son atendidos por ENDESA ENERGIA, lo que supone la cuota de fidelización más alta de todos los grupos verticalmente integrados. "

" CENTRICA realizó, sin éxito, diversos intentos de acceso masivo e incondicional, esto es, sin tener que aportar información previa del cliente, al SIPS de ENDESA DISTRIBUCIÓN. Consta en el expediente que en diciembre de 2005 incluyó una solicitud de acceso genérico al SIPS en un documento de solicitud de acceso a ATR.

Con fecha 9 de octubre de 2006, Céntrica Energía, S.LU remitió un burofax (folios 212 y 213) a Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U en el que solicitaba con base en la normativa vigente "...el completo acceso telemático a la base de datos referida en el artículo 4, apartado 5 del Real Decreto 1454/2005 relativo a todos los puntos de suministro conectados a sus redes". ENDESA DISTRIBUCIÓN contesta que desde el 2 de marzo de 2006 está operativa una WEB con los datos indicados en el art. 4.5. del RD 1454/2005 y con el funcionamiento descrito en el Hecho Probado 12.

Tras la aprobación de la Orden Ministerial ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan tarifas eléctricas y en virtud de la misma, CENTRICA dirigió el 2 de enero de 2008 un burofax a ENDESA DISTRIBUCIÓN a solicitando que se le remitieran en el plazo de quince días los datos relativos a todos y cada uno de los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona en un soporte físico informático que permita la inmediata y efectiva disposición y tratamiento de dichos datos. (F1291). ENDESA DISTRIBUCIÓN



responde: "En relación a su escrito solicitando "los datos relativos a todos y cada uno de los puntos de suministro conectados a sus redes", y como contestación a la misma:

1. Para garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico al respecto, y en particular de las obligaciones de ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, especialmente en relación a la Ley 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, hemos procedido a realizar una consulta con carácter de urgencia a la Agencia de Protección de Datos, en virtud de las funciones que tiene atribuidas en el art. 37 de la referida Ley .

2. En cualquier caso, para atender correctamente a su solicitud, dando cumplimiento u del Anexo 7 de la Orden ITC/3869/2007 (consumo de los dos últimos años naturales a contar desde la fecha de la consulta) debemos esperar, por razones obvias, a que finalice el ciclo de lectura bimestral; es decir, en este caso y para facilitar los consumos correspondientes a los dos últimos años naturales, 2006 y 2007, debemos proceder a realizar la extracción correspondiente a partir del 29 de febrero de 2008..."

El 9 de junio de 2008 EDE puso a disposición de CENTRICA un CD con información sobre puntos de suministro. Mediante escrito de 23 de septiembre de 2008 CENTRICA manifiesta que sigue sin disponer de acceso telemático y la distribuidora no ha resuelto ciertas incidencias relativas a los datos. ENDESA DISTRIBUCIÓN reconoce que han existido incidencias. De hecho, CENTRICA ha mantenido con la distribuidora correspondencia sobre este tipo de problemas y ésta manifiesta que está tratando de resolverlos. Como consecuencia de este proceso de mejora, CENTRICA ha recibido nuevos soportes físicos de la base de datos en los que según la propia empresa se han ido solucionando las incidencias Por otro lado, la distribuidora notificó la habilitación del acceso telemático el 2 de octubre de 2008 y CENTRICA ha verificado el funcionamiento de tal acceso con resultados positivos. "" (fundamento jurídico segundo)

Pese a los esfuerzos argumentales de la demandante, el motivo sexto se limita a proponer una revisión de la prueba, lo que no es conforme a la naturaleza del recurso de casación, exclusivamente encaminado, como es jurisprudencia sumamente reiterada, a la revisión de la aplicación e interpretación del derecho. Así, lo que se aduce es que la valoración probatoria efectuada por la Sala de instancia es "sesgada, irracional o arbitraria" (apartado 2.a y b) o que no ha tenido en cuenta circunstancias acreditadas por la prueba (apartado 2.c), o, de nuevo, "sesgada y arbitraria" por no mencionar la prueba documental pública practicada (apartado 3). Como la parte debería saber por nuestra reiterada jurisprudencia, no por detallar minuciosamente aspectos concretos de la valoración de la prueba y presentar la discrepancia valorativa global como omisiones o supuestos errores se altera la naturaleza de la argumentación, que propugna en definitiva unas conclusiones fácticas distintas a las extraídas por el órgano judicial. De la lectura de la Sentencia se obtiene la conclusión de que la Sala ha deducido del conjunto del material probatorio que Endesa Distribución denegó el acceso al SIPS, frente a la obligación de hacerlo según la interpretación normativa de la legislación aplicable que efectúa la Sala. Pues bien, dicha conclusión fáctica podrá ser discutible o podrá ser considerada errada, pero desde luego no calificada de arbitraria, irracional o manifiestamente incompleta y deficiente. Así pues y sin necesidad de proceder a un examen valorativo como el que indebidamente y con extensión efectúa la parte, ha de rechazarse el motivo.

En cuanto al motivo séptimo, tampoco puede prosperar. De nuevo la parte se esfuerza en valorar los indicios que justifican las conclusiones fácticas a que llegó el Tribunal de Defensa de la Competencia y que asume la Sala, manifestando sus diferentes apreciaciones de tales datos y sus conclusiones igualmente discrepantes. Y aunque semejante reexamen valorativo se formula como vulneración de la prueba por presunciones, no hay más que distintas apreciaciones sobre los hechos que aquéllas realizadas por la Sala.

En cuanto a la invocación de los principios de contradicción y audiencia es manifiestamente infundada, al ser Endesa Energía una empresa del grupo empresarial, expresión empleada en el inicio del procedimiento sancionador, sin que se alcance a comprender porqué la especificación de una de las empresas del grupo pueda calificarse como un cambio en la imputación o bien provocar indefensión.

SÉPTIMO .- Sobre el motivo octavo, relativo a la innecesariedad del acceso masivo e incondicionado al SIPS.

Sostiene la parte recurrente en el séptimo motivo que el acceso masivo e incondicionado al SIPS es innecesario para la existencia de una competencia efectiva en el sector de la distribución eléctrica; que la denegación del mismo está amparada en la normativa sectorial (legislación de protección de datos) y por la actuación del regulador (previendo procedimientos de acceso); y, finalmente, que las conductas sancionadas carecen de aptitud para restringir de forma significativa la competencia.

En cuanto a la supuesta innecesariedad del acceso masivo e incondicionado al SIPS para la competitividad en el sector de la distribución, circunstancia que no habría sido apreciada por la Sentencia impugnada, se trata de una tesis que es preciso rechazar. No cabe duda, en efecto, de que la información proporcionada por el SIPS beneficia a la competencia, al proporcionar información relevante para la estrategia de los comercializadores.



En consecuencia, la cuestión no es tanto si es posible un mercado de la distribución eléctrica competitivo sin dicho acceso, sino que tal acceso lo favorece y que, por tanto, la denegación del mismo constituye objetivamente un obstáculo a la competitividad y una actuación deliberada susceptible de dificultar (no necesariamente impedir) la competencia. Esta razón supone también el rechazo de la argumentación expuesta en el último apartado del motivo (C), respecto a la supuesta falta de aptitud par restringir la competencia de la conducta sancionada. A este respecto, en nuestra Sentencia de 25 de noviembre de 2.013 , dijimos:

" **Sexto.**- En el segundo motivo casacional, también formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional , "E.ON Distribución, S.L." denuncia nuevamente la infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia , esta vez "por indebida calificación como abuso de posición de dominio". Su muy escueto contenido -en comparación con el precedente- se limita a afirmar, como primer argumento, que "no hay abuso si el acceso incondicionado al SIPS de EVD no era necesario para que las comercializadoras pudieran desarrollar su actividad en el mercado relevante, el nacional de suministro de energía eléctrica ni su carencia altera la competencia en el mercado nacional relevante"; y en segundo lugar que "la conducta de EVD no tiene capacidad para producir efectos restrictivos en el mercado relevante nacional de suministro de energía eléctrica". Ambos argumentos fueron razonada -y acertadamente- desestimados por la Sala de instancia en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de su sentencia, en los términos que anteriormente hemos transcrito.

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

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

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

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

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

El aprovechamiento abusivo de la posición de dominio tiene en este caso no sólo aptitud genérica para provocar efectos restrictivos de la competencia sino consecuencias prácticas, de hecho, perjudiciales para la comercializadora no integrada y, sobre todo, para los usuarios del servicio a los que se priva de recibir

las eventuales ofertas provenientes de aquélla. Perjuicios cuyo reverso es el mantenimiento casi inalterado, durante el período de referencia, de las cifras de consumidores finales a los que las empresas del "Grupo Enel Viesgo Energía, S.A." suministraban energía eléctrica, según el relato de hechos que contiene la resolución sancionadora y que el tribunal de instancia da por probados.

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

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

En lo que respecta al supuesto amparo de la conducta sancionada por la normativa sectorial de la protección de datos, es una alegación ya vista y rechazada al examinar el motivo quinto. Tampoco puede estimarse la relativa a que la actuación del regulador amparaba la negativa de la recurrente a permitir dicho acceso masivo e incondicionado al SIPS. Así, en los fundamentos transcritos de nuestra Sentencia de 25 de noviembre de 2.013 se explicita sobradamente la obligación que pesaba sobre las empresas distribuidoras relevantes de permitir el acceso a los pequeños distribuidores al SIPS.

OCTAVO .- Sobre el motivo noveno, relativo al principio de proporcionalidad.

En el octavo y último motivo Endesa Distribución alega que la Sentencia recurrida no realiza una adecuada aplicación del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, al no haber apreciado determinadas circunstancias que hubieran conducido a la imposición de una multa de cuantía inferior.

El motivo tampoco puede prosperar. De nuevo en este motivo la mercantil recurrente critica la Sentencia impugnada por no tener en cuenta determinadas alegaciones concretas sobre las circunstancias a valorar a la hora de aplicar el principio de proporcionalidad, o bien de no explicitar su rechazo. Pero también en este punto debe tenerse en cuenta que la motivación o razonamiento que sigue la Sala no tiene por qué responder de forma exacta a las alegaciones de la parte. La Sala ha explicitado su valoración de las circunstancias jurídicas y factuales concurrentes en los siguientes términos:

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

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

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



En vista de todo ello, de los datos que obran en los Hechos Probados 11 y 12 de la presente Resolución y dado el peso del grupo ENDESA en la actividad de suministro a clientes domésticos, este Consejo ha decidido imponer una sanción a ENDESA ENERGIA por una cuantía de 15.300.000?. "

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

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

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

Se observado por ello la proporcionalidad.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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

Pues bien, la motivación que efectúa la Sala cumple con las exigencias constitucionales, pues constituye una respuesta motivada y suficiente sobre los datos que el órgano judicial ha considerado más relevantes o determinantes de la sanción a imponer, sin que se aprecie ninguna infracción de la normativa aplicable. Lo que la recurrente aduce en relación con la afección tan sólo a los pequeños consumidores, a la falta de interés de Endesa Distribución en excluir a los comercializadores del mercado o a la duración de la conducta infractor en ningún caso invalidan los razonamientos expresados en el fundamento que se ha transcrito, aunque sean por asunción de los contenidos en la resolución administrativa sancionadora. En consecuencia debe desestimarse el motivo.

NOVENO .- Conclusión y costas.

El rechazo de todos los motivos en que se funda el recurso de casación, tal como se ha expuesto en los anteriores fundamentos de derecho supone que no ha lugar al mismo. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.2 y 3, se imponen las costas causadas a la parte recurrente, hasta un límite de 4.000 euros por todos los conceptos legales.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Endesa Distribución, S.L.U. contra la sentencia de 26 de mayo de 2.011 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 229/2.009 . Se imponen las costas de la casación a la parte recurrente conforme a lo expresado en el fundamento de derecho noveno.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.-PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-