

## **Resolución (Expte. S/0051/08, UNESA)**

### CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero  
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Consejera  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup> María Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup>. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 2 de noviembre de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejero Ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN en el expediente 0051/08, UNESA, incoado de oficio por la Dirección de Investigación, contra la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), por conducta presuntamente contraria al artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) y al artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

### **ANTECEDENTES**

1. El 5 de febrero de 2008, la DI acordó deducir testimonio de determinados documentos aportados en el marco del expediente sancionador número 2775/07 que aportaban información sobre la presentación el 15 de enero de 2008, por parte de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA), de un recurso ante la Audiencia Nacional por el que solicitaba la suspensión cautelar y la anulación de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008, relativa al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS).
2. El 7 de febrero de 2008 la DI solicitó información a UNESA sobre la presentación del mencionado recurso. A continuación se procedió a incoar expediente sancionador el 18 de febrero de 2008, por apreciarse indicios de una presunta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), consistente en la adopción de un acuerdo para

presentar un recurso ante la Audiencia Nacional solicitando la suspensión cautelar y la anulación de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisaban las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008, relativa al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS).

3. El 26 de febrero de 2008, se procedió a solicitar información a las empresas distribuidoras de electricidad para que facilitasen las peticiones de acceso al SIPS recibidas en virtud de la Orden Ministerial. Asimismo, se solicitó información a Gas Natural para conocer el comportamiento de los agentes en relación con el Registro de Puntos de Suministro, equivalente al SIPS en el sector gasista. Con fechas 5 y 6 de marzo de 2008, las distribuidoras dieron cumplimiento a la solicitud de información realizada.

4. El 5 de marzo de 2008, la ASOCIACIÓN DE COMERCIALIZADORES INDEPENDIENTES DE ENERGÍA (ACIE) solicitó el reconocimiento de su condición de parte interesada en el procedimiento, lo que se admitió mediante Acuerdo del Director de Investigación de 11 de marzo de 2008.

5. El 7 de mayo de 2008, tuvo entrada escrito de alegaciones formulado por los representantes legales de UNESA.

6. El 31 de octubre de 2008, se solicitó información a UNESA, lo que se cumplimentó con fecha 6 de noviembre de 2008.

7. El 26 y 27 de noviembre de 2008, se solicitó nueva información a Endesa Distribución Eléctrica S.L.U. y a UNESA, lo que se cumplimentó el 3 y el 2 de diciembre de 2008, respectivamente.

8. El 11, 12 y 15 de diciembre de 2008, se notificó a cada una de las cinco distribuidoras el acuerdo de incorporación de determinados folios de los expedientes 2767/07 y 2775/07 a 2778/07 del SDC.

9. El 22 de diciembre de 2008, se notificó a Céntrica Energía S.L.U. la incorporación de determinada documentación obrante en los expedientes a los que se ha hecho referencia.

10. El 23 de diciembre de 2008, se aportó por parte de Electra de Viesgo Distribución S.L. (ahora E.On Distribución S.L.) versión censurada de parte de la documentación del expediente S/2767/07 del SDC (Expte 643/08 del TDC) incorporada al expediente S/0051/08.

11. El 29 de diciembre de 2008, se formuló Pliego de Concreción de Hechos (versión pública y confidencial).

12. El 6 de febrero de 2009, se recibe Informe de la CNE de fecha 5 de febrero, emitido en virtud de la solicitud efectuada por la CNC al amparo del artículo 17.2 d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Dicho informe ha sido declarado confidencial.

13. El 13 de marzo de 2009, la Dirección de Investigación remite al Consejo de la CNE el Informe Propuesta de resolución.

14. El 27 de mayo de 2009, el Consejo acordó ordenar a la DI la práctica de una serie de pruebas complementarias, consistentes en requerir a UNESA para que facilitase copia de las actas de todas las reuniones celebradas por la Asamblea General por el Comité de Directores y por el Comité de Regulación y para que, en relación con la reunión del Comité de Directores celebrada el 14 de enero de 2008, acreditara determinadas cuestiones: la fecha de convocatoria de la reunión, quién elaboró el orden del día, y quién introdujo en el citado orden del día el punto relativo a la interposición del recurso contra la Orden Ministerial ITC/3860/2007.

15. El Consejo de la CNC deliberó y falló este expediente en sus reuniones de los días 16 de septiembre y 7 de octubre de 2009.

16. Son interesados:

- Asociación Española de Industria Eléctrica (UNESA).
- Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE).

## **HECHOS PROBADOS**

1. La Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) es una organización profesional sectorial, cuyo fin es la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses de las empresas eléctricas asociadas, que son Iberdrola, Endesa, Unión Fenosa, Hidroeléctrica del Cantábrico y Enel Viesgo (ahora Eon.España), por lo que engloba a las cinco principales empresas distribuidoras del país.

Si bien en sus orígenes UNESA era una sociedad anónima (denominada UNIDAD ELECTRICA, S.A), su constitución como asociación, al amparo de la Ley 19/1977, sobre regulación del derecho de asociación sindical y el Real Decreto 873/1977, de 22 de abril, sobre depósito de los estatutos de las organizaciones constituidas al amparo de dicha Ley, data de 1999. Se rige por sus Estatutos y por su Reglamento de funcionamiento y su estructura organizativa está integrada por una Asamblea General, que actúa como órgano supremo de gobierno, y una Junta Directiva, un Presidente y, en

su caso, un Vicepresidente, con carácter de órganos de gestión. Su organización interna está encabezada por el Comité de Dirección, compuesto por cinco miembros, y a cuyo frente se encuentra el Presidente de la Asociación. Para el desarrollo de sus actividades UNESA se organiza en torno a distintos comités intersectoriales, según distintas áreas especializadas de trabajo, cuya coordinación corresponde al Comité de Directores, integrado por 16 miembros, y en el que existe representación de todas las empresas asociadas.

2. La Asociación de Comercializadores Independientes de Energía (ACIE), es una organización cuya finalidad principal es el desarrollo y la promoción de los intereses de las empresas comercializadoras de energía eléctrica en el marco de un sistema liberalizado, así como la defensa de los intereses económicos, sociales y legales de sus asociados (artículo 2 de los Estatutos). ACIE agrupa, por tanto, a empresas dedicadas al suministro de energía eléctrica sin estar integradas verticalmente.

Las empresas asociadas a ACIE son: Nexus Energía S.A, Céntrica Energía S.L.U., Gas Natural Servicios, sdg, S.A, Electrabel España S.A., Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg España S.L , Gas Natural Comercializadora S.A., Factor Energía S.A., Céntrica Energía Generación S.L.U., Hispaelec Energía S.A. y Atel Energía S.A.

El órgano supremo es la Asamblea General, compuesta por todos los asociados, correspondiéndole a la Junta Directiva la gestión y administración. La Junta Directiva se conforma por quien ostente la Presidencia, y la Vicepresidencias Primera y Segunda, decisión que corresponde a los vocales de la misma y cuenta también con un Secretario, quien podrá formar parte de la Junta Directiva.

3. El sector eléctrico español se encuentra regulado por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE) y el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que desarrolla la LSE en lo referente a las actividades de distribución y comercialización. Este último Real Decreto ha sido parcialmente modificado, entre otros, por el Real Decreto 1435/2002 y el Real Decreto 1454/2005, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión.

De acuerdo con la Ley 17/2007, por la que se modifica la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, con efectos de 1 de julio de 2009 el suministro de energía eléctrica se ejercerá en su totalidad por la comercializadoras.

4. En lo que respecta a las actividades de distribución y comercialización, es necesario señalar que la gestión de la red de distribución de electricidad es de carácter local, en línea con diversos precedentes nacionales y comunitarios, constituyendo cada red de

distribución un mercado separado, dado que para el consumidor final el suministro a través de una red de distribución no es sustituible por el suministro a través de otra red.

En cuanto al mercado minorista de suministro de electricidad, éste tiene dimensión nacional.

En virtud de la normativa vigente, una empresa comercializadora puede ofertar el suministro de energía eléctrica a cualquier consumidor cualificado en cualquier parte del país, por lo que, en principio, las condiciones de competencia serían las mismas en todo el territorio nacional

Ahora bien, la existencia de marcos normativos claramente diferenciados en los distintos países, así como la necesidad de una presencia local impiden una definición más amplia del mercado.

5. Básicamente la LSE considera que las actividades de generación y comercialización se desarrollarán en régimen de libre competencia mientras que el transporte y la distribución, dada su condición de monopolio natural, ostentan la condición de actividades reguladas. Pese a este carácter regulado, la LSE deja claro en su Exposición de Motivos las obligaciones que *“El transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo.”*

(...)

*“De esta forma, se configura un sistema eléctrico que funcionará bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia, en el que la libre iniciativa empresarial adquirirá el protagonismo que le corresponde.”*

Queda pues patente el espíritu liberalizador y promotor de la competencia con que la LSE pretende que se desarrollen las actividades relacionadas con el suministro eléctrico. De hecho, si bien inicialmente la Ley 54/1997 preveía un plazo de 10 años para la completa liberalización del suministro, las sucesivas reformas normativas fueron adelantando este calendario. Así, el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia adopta de medidas relativas a la disminución del umbral legal para ser considerado consumidor cualificado y, por tanto, susceptible de abastecerse en el mercado libre. Un año después el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios vuelve a incidir sobre el mismo objetivo. De acuerdo con su Exposición de Motivos: *“El Título I se consagra a la liberalización de los mercados energéticos, incidiendo en aquellos aspectos que dificultan o retrasan una competencia efectiva y dando una mayor transparencia que permita al consumidor tomar decisiones con un adecuado nivel de información.”* Para ello, en lo que se refiere al suministro

eléctrico, entre otras medidas de “*se contempla la total liberalización del suministro de energía eléctrica a partir del 1 de enero del año 2003*” y asimismo, “*se facilita la transparencia de información sobre los consumidores cualificados para que todos los agentes puedan disponer de la misma, salvaguardando, en todo caso, el derecho a mantener la confidencialidad de sus datos*”.

6. El Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, recogía una serie de medidas encaminadas a garantizar la efectiva liberalización del suministro eléctrico prevista por el legislador para el 1 de enero de 2003.

Entre otras, en su artículo 7 recoge la creación del Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS), que puede definirse como una base de datos creada y mantenida por la empresa distribuidora en la que se recogen una serie de datos, establecidos en la normativa, relativos a los puntos de suministro conectados a sus redes. Dicho Real Decreto preveía el derecho de acceso gratuito de los consumidores a los datos contenidos en dicha base (art. 7.2), así como el derecho de los comercializadores a acceder a una serie de datos de dicho registro (art. 7.3), en la forma y con los requisitos que establecieran las disposiciones de desarrollo del citado Real Decreto 1435/2002.

El acceso a la información contenida en el SIPS se considera esencial para el fomento de la competencia efectiva en el mercado liberalizado, reduciendo los costes del cambio de suministrador y facilitando la elaboración de ofertas adecuadas a las condiciones de los clientes.

El artículo 3.2 del Real Decreto 1435/2002 establece que “*En el caso de que el consumidor opte por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador, este último sólo podrá contratar con el distribuidor el acceso a las redes como mandatario del consumidor. El contrato de suministro entre el consumidor y el comercializador, deberá formalizarse por escrito. En él deberá incluirse una autorización para que el comercializador pueda actuar como mandatario del consumidor, contratando con el distribuidor la tarifa de acceso y traspasar al distribuidor los datos necesarios para el suministro. La recogida, tratamiento y traspaso de estos datos deberán observar en todo momento las previsiones establecidas en la normativa sobre protección de datos de carácter personal que resulte de aplicación*”.

7. Posteriormente, el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 fue modificado por el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, el cual modificó su redacción con objeto de incrementar los datos a los que tiene acceso el comercializador. Además eliminó la necesidad de un desarrollo reglamentario posterior para regular las condiciones de acceso, así como toda mención al establecimiento de requisitos de acceso, al tiempo que habilitó en el apartado 2 del artículo 7 el derecho de oposición de los particulares a la cesión de sus datos.

Por otra parte y en el marco del Plan de Dinamización antes citado, el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, incorporó como infracción muy grave recogida en el artículo 61.1 de la LSE *“el incumplimiento, por parte de los distribuidores, de la obligación de permitir el acceso, de mantener una base de datos de todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, así como de dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitan la consulta de los datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y comercializadores de energía.”*

8. Pese a las sucesivas normas aprobadas, hasta 2007 inclusive las distribuidoras asociadas a UNESA sólo permitían el acceso a las comercializadoras a los datos del Sistema de Información de Puntos de Suministro de forma individualizada, tras la aportación por parte de las comercializadoras de una serie de datos: el NIF, el CUPS o el Número de Contrato Actual. Es decir, se trataba de un acceso condicionado.

En particular, tal y como consta en los citados expedientes de los que se ha deducido testimonio, ninguna de las distribuidoras afiliadas a UNESA permitía el acceso completo a los datos del SIPS a la comercializadora independiente Céntrica Energía ni a otras comercializadoras, ya que, ante las solicitudes de acceso a todos los puntos de suministro, las distribuidoras se negaban, con carácter general y aludiendo a razones diversas, a facilitar la modalidad de acceso masivo solicitada por Céntrica. Como consecuencia de ello el SIPS registró hasta 2007 incluido niveles muy bajos de acceso por parte de las comercializadoras, como los demuestran los datos que obran en el expediente aportados por las propias distribuidoras.

9.- La Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008, completa, mediante lo dispuesto en su Disposición Adicional Tercera, lo previsto en el artículo 7 del precitado Real Decreto 1435/2002. Así lo establece la motivación de la misma, que señala que *“al efecto de facilitar el acceso de estas bases de datos de puntos de suministro y de promover la competencia, se homogeneiza el contenido de los registros desarrollando a su vez las condiciones de mantenimiento y acceso a las mismas.”*

Concretamente, la Disposición Adicional Tercera establece lo siguiente:

*“Desarrollo de las condiciones de mantenimiento y acceso relativas a las bases de datos de puntos de suministro.*

- 1. Las empresas distribuidoras deberán mantener los registros de las bases de datos de puntos de suministro (...) de forma permanente y garantizar el contenido actualizado de cada uno de los datos que componen dichas bases (...)*
- 2. Los comercializadores inscritos en la sección correspondiente del Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en Mercado, así como la Oficina de Cambio de Suministrador (...), podrán acceder gratuitamente a las bases de datos de puntos de suministro de cada empresa distribuidora.*
- 3. Las empresas distribuidoras no podrán establecer condición alguna al acceso y tratamiento de estos datos por parte de los comercializadores o de la Oficina de Cambio de Suministrador, ni exigir en ningún caso que éstos les proporcionen dato alguno como condición previa de acceso a su base de datos, entre ellos: el Código Universal del Punto de Suministro, CIF, NIF o NIE del titular de dicho punto de suministro o número de contrato en vigor de cada punto de suministro concreto, para el cual deseen consultar la base de datos.*
- 4. Las empresas distribuidoras deberán garantizar el acceso a las bases de datos de puntos de suministro a través de medios telemáticos. En particular, las empresas distribuidoras deberán contar con los medios necesarios para que cualquier comercializador o la Oficina de Cambio de Suministrador, pueda descargar y proceder al tratamiento de los datos referidos a la totalidad de los puntos de suministro conectados a las redes del distribuidor y a las redes de transporte de su zona, así como llevar a cabo una selección detallada de los puntos de suministro respecto a los cuales quiere acceder a sus datos, en función de las diferentes categorías de datos que componen las citadas bases.*
- 5. A partir de la entrada en vigor de la presente orden, y sin perjuicio del derecho de acceso a las bases de datos a través de medios telemáticos establecido en el apartado 4 anterior, las empresas distribuidoras deberán remitir a la Oficina de Cambio de Suministrador, o a los comercializadores que lo soliciten, los datos relativos a todos y cada uno de los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona a través de un soporte físico informático que permita su inmediata y efectiva disposición y tratamiento. La empresa distribuidora deberá remitir dicha información en el plazo máximo de quince días desde la fecha de solicitud por parte del comercializador.*
- 6. Los comercializadores que hagan uso de la información que figura en las bases de datos de puntos de suministro de las empresas distribuidoras (...) la confidencialidad de la información contenida en las mismas”.*

Además, según la Disposición Transitoria Segunda de la misma Orden ITC/3860/2007 – que establecía el 1 de enero de 2008 como fecha de entrada en vigor-, las empresas



distribuidoras dispondrían de un plazo de dos meses para adaptar los contenidos de las bases de datos de puntos de suministro referidas en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 a los términos estandarizados establecidos por dicha Orden, y de un plazo dos meses para garantizar el acceso a las bases de datos de puntos de suministro a través de medios telemáticos. Por tanto, este precepto establece de forma inequívoca que el plazo de 2 meses de adaptación se refiere a las obligaciones previstas en los apartados 1 y 4 de la Disposición Adicional Tercera. En relación con la obligación prevista en el apartado 5 de esta misma Disposición, se estaría a la propia redacción de ese apartado, - perfectamente congruente con el contenido de la Disposición Transitoria Segunda-, que señala que *“a partir de la entrada en vigor de la presente orden, y sin perjuicio del derecho de acceso a las bases de datos a través de medios telemáticos establecido en el apartado 4 anterior, las empresas distribuidoras deberán remitir a la Oficina de Cambio de Suministrador, o a los comercializadores que lo soliciten los datos relativos a todos y cada uno de los puntos de suministro [...]”* .

Por Orden ITC/694/2008, de 7 de marzo, se establece explícitamente el derecho de oposición de los particulares a la cesión de sus datos. Se trata de una previsión ya recogida en el artículo 7.2 del Real Decreto 1435/2002, que la Orden ITC/3860/2007 no repitió. Sin embargo, para evitar las dudas de interpretación a las que esta ausencia dio lugar, el legislador decidió disponer expresamente dicho derecho de oposición de los consumidores a que sus datos sean accesibles a los comercializadores.

10. El 14 de enero de 2008 el Comité de Directores de UNESA, convocado el día 10 del mismo mes, adoptó por unanimidad un acuerdo por el que se decidió interponer recurso contencioso-administrativo contra la Orden ITC/3860/2007, *“habida cuenta de que esa regulación no tiene en cuenta la posibilidad de que el interesado exprese su negativa a ceder datos, contraviniendo de este modo tanto la LOPD como el Real Decreto 1435/2002”*. Dicho recurso se interpuso un día después (el 15 de enero), solicitando que se acordara la suspensión cautelarísima de la Disposición Adicional Tercera de la misma.

La acción judicial ejercitada puede sintetizarse como sigue:

- *“Supuesta incompatibilidad entre la disposición adicional tercera de la Orden referida y la normativa de protección de datos, en particular, el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, por el hecho de que, a diferencia del artículo 7.2 del Real Decreto 1435/2002, que incluye en su apartado segundo que “los consumidores podrán manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores”, la disposición adicional tercera establece la obligación de cesión de datos, pero omite esa posibilidad de denegación que sí prevé el Real Decreto referido. La Orden por tanto, vulnera el Real Decreto.*

- *La previsión establecida en el artículo 7.2 del Real Decreto, prueba la ausencia de la autorización legal suficiente para proceder a la cesión de datos, a la que se refiere el artículo 11.2 a) de la LOPD, en la medida en que recoge el consentimiento previo exigido por el artículo 11.1 de la misma Ley en ausencia de autorización legal, algo que no cumple sin embargo, la disposición adicional tercera de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, al no contener tal previsión. La Orden Ministerial vulneraría el Real Decreto mencionado, y por ende, la normativa sobre protección de datos de carácter personal.*
- *El Real Decreto por tanto, sí sería acorde con la LOPD al recoger el consentimiento que ésta requiere; la disposición adicional tercera, al omitirlo, no sería respetuosa con dicha normativa”.*

Amparándose en la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, las comercializadoras ajenas a UNESA solicitaron el acceso al SIPS, pero dichas solicitudes fueron denegadas por las cinco distribuidoras, justificando su negativa principalmente por el deber legal de protección de datos de carácter personal y la existencia de un recurso judicial pendiente sobre la citada Orden.

A este respecto debe señalarse que la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha emitido diversos informes que fueron conocidos por las distribuidoras, aparte de los recibidos por Endesa e Iberdrola-, pronunciándose sobre la compatibilidad entre la Disposición Adicional Tercera de la Orden impugnada y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. En concreto, todos estos informes establecen las siguientes conclusiones:

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

*“[...] la cesión, habilitada por la Ley 54/1997 y especificada en cuanto a los concretos datos objeto de la misma por las normas citadas, resulta amparada por el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999, siendo además la misma respetuosa del principio de proporcionalidad consagrado por el artículo 4.1 de la citada Ley Orgánica.”*

*“[...] la cesión de los datos contenidos en el sistema de información de puntos de suministro sin contar con el consentimiento del afectado en los términos planteados en la consulta no resulta contraria a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999 [...].”*

Además, en el informe de la AEPD emitido a petición de Iberdrola, se establece lo siguiente:

*“La cesión a la que se viene haciendo referencia encuentra, como ya se ha indicado y se recordará posteriormente, amparo en lo dispuesto en el artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 11/1999. Por ello, la materialización de dicha cesión no supondría vulneración del artículo 11 de la citada Ley.”*

*“En todo caso, la Orden ITC/3860/2007 debe ser interpretada de forma conforme con las normas legales y reglamentarias de las que trae causa, y el artículo 7.2 del Real Decreto excluye de la cesión los datos de los consumidores que manifiesten su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores, por lo que la cesión no se producirá respecto de los datos de todos y cada uno de los clientes, sino de quienes no hayan manifestado su negativa a la misma.”*

*“[...] la habilitación legal derivada de la aplicación al caso del artículo 11.2 a) de la Ley Orgánica 15/1999 excluye la necesidad de que el afectado preste su consentimiento para la cesión [...].”*

*“Por este motivo, la cesión de los datos a los comercializadores y a la Oficina de Cambios de Suministrador no puede quedar, en general, sujeta a la existencia de un consentimiento previo para que aquélla pueda tener lugar, ni a la posibilidad de que el afectado no haya revocado un consentimiento previamente prestado.”*

*“[...] de dicho precepto no cabe en ningún caso deducir que la cesión de los datos quede sometida al consentimiento de los afectados, limitándose la citada norma a habilitar, como se indicó en el apartado anterior de este informe, una forma de ejercicio del derecho de oposición [...].”*

11. Con fecha 16 de enero de 2008 la Audiencia Nacional señaló que no había lugar a acceder a la suspensión cautelarísima solicitada por UNESA. Posteriormente, mediante Auto de 13 de febrero de 2008, la Audiencia Nacional acordó la suspensión cautelar de la ejecución de la Orden ITC/3860/2007 (apartado 5 de la DA Tercera), respecto a los comercializadores, pero manteniendo su ejecutividad respecto a la Oficina de Cambio de Suministrador.

12. El 12 de mayo de 2008, la Audiencia Nacional levantó la suspensión de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, por considerar que, tras el recurso contra su Auto de 13 de febrero de 2008, se había producido un hecho de innegable importancia a los efectos del mantenimiento de la medida cautelar acordada en este último Auto, pues la Orden 694/2008, de 7 de marzo, introducía un nuevo apartado séptimo en la Disposición Adicional Tercera de la Orden 3860/2007 de idéntico contenido al recogido en el artículo 7.2 del Real Decreto 1435/2002, según el cual los consumidores podrían manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no fueran accesibles a los comercializadores.

13. Levantada la suspensión de la Disposición Adicional Tercera, con fecha 13 de junio de 2008, UNESA presentó escrito de demanda en el recurso judicial interpuesto, solicitando que se declarase la nulidad de los apartados 3º y 5º de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, por ser contrarios al artículo 11 de la LOPD en conexión con el artículo 41.1.m) y el artículo 45.2 de la Ley del Sector Eléctrico, en virtud de la redacción operada en estos preceptos por la Ley 17/2007.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

### **PRIMERO.- Normativa de aplicación**

El día 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La conducta que la DI imputa como infractora de la LDC se produce el 15 de enero de 2008, por lo que la Ley aplicable tanto a la calificación jurídica o tipificación de la conducta como a su tramitación debe ser la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

### **SEGUNDO.- Conducta imputada a UNESA**

La DI, una vez examinados los hechos, propone al Consejo de la CNC que se declare la existencia de una conducta colusoria por el acuerdo adoptado por UNESA el 15 de enero de 2008, consistente en recurrir en vía judicial la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, solicitando la suspensión cautelar de la misma.

Entiende la DI que la conducta de UNESA, solicitando la suspensión cautelar inicialmente y la nulidad de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860, podría ser conducta proscrita por el artículo 1 LDC, que prohíbe *“todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional (...) y establece la nulidad de pleno derecho de aquellas que no “estén amparados por las exenciones previstas en la Ley”*. Además, podría constituir también una infracción del artículo 81 del TCE.

Por ello, lo que debe valorar el Consejo a la hora de enjuiciar el presente expediente es si, con arreglo a la normativa aplicable al caso, la conducta desarrollada por UNESA resulta

anticompetitiva y, por tanto, puede ser analizada y, en su caso, sancionada al amparo de la LDC y el TCE.

Para efectuar el análisis en cuestión, debe partirse de la base de que los mecanismos de actuación de un ente asociativo para el cumplimiento de sus fines (adopción de acuerdos, publicación de circulares, ejercicio de acciones legales y judiciales) tienden a armonizar el comportamiento de sus miembros y pueden ser considerados como decisiones colectivas o decisiones de asociaciones de empresas. Desde esta perspectiva la interposición por parte de UNESA de un recurso contencioso-administrativo contra la Orden ITC/3860/2007 es una actuación de un ente asociativo que podría ser contraria a la normativa de defensa de la competencia, si se acreditan los requisitos previstos legalmente.

Dado que la calificación de una conducta como colusoria exige, de acuerdo con lo previsto en la LDC y el TCE, que la misma tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, el ejercicio de una acción judicial por parte de una asociación podría constituir una conducta anticompetitiva si cumpliera tales requisitos.

Aunque es cierto que el ejercicio de todo tipo de acciones legales y judiciales se configura como uno de los diversos instrumentos de los que dispone una asociación para el cumplimiento de los fines que le son atribuidos (artículo 5.4 de los Estatutos de UNESA), también debe resaltarse su singularidad en relación con otro tipo de actuaciones. Por ello, a efectos de este expediente, se analizará el ejercicio de la acción judicial por parte de UNESA en la medida en que ésta afecta a las normas de competencia previstas en la LDC y en el TCE.

### **TERCERO.- Existencia de indicios de infracción del artículo 1 de la LDC**

A la vista de los hechos reflejados en el expediente sancionador, el Consejo no considera necesario pronunciarse sobre si la conducta de UNESA, consistente en la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la Orden ITC/3860/2007, puede ser calificada como constitutiva de una infracción en el sentido del artículo 1 de la LDC. Ello es así ya que, a juicio del Consejo, el examen de la documentación aportada al expediente administrativo revela que son otros hechos distintos, anteriores y posteriores al ejercicio de la acción por UNESA, algunos determinados en el pliego de concreción de hechos y otros resultantes de la prueba practicada en la fase de resolución, los que podrían constituir actuaciones anticompetitivas en el sentido de los artículos 1 de la LDC y 81 del TCE.

Efectivamente, el Informe-propuesta emitido por la Dirección de Investigación, aunque centrado en justificar que la interposición de recurso contencioso-administrativo constituye una infracción de la normativa de defensa de la competencia, evidencia que

dicha actuación procesal llevada a cabo por UNESA es la materialización de un entendimiento previo entre las empresas eléctricas a ella asociadas, anterior a la convocatoria de su Comité de Dirección para el día 14 de enero. En dicho Comité de Dirección se adoptó el acuerdo de interponer el referido recurso contencioso-administrativo (con petición de suspensión cautelarísima de la Orden recurrida) por unanimidad, esto es, con el voto favorable de las empresas asociadas (3 de Endesa, 3 de Iberdrola, 2 de Unión Fenosa, 3 de Hidroeléctrica del Cantábrico y 1 de Enel Viesgo)

Es cierto que de la documentación obtenida durante la tramitación del presente procedimiento no resulta prueba directa de ese entendimiento previo, pero un análisis de conjunto de la actuación de las distribuidoras anterior y posterior al citado acuerdo de UNESA, así como de las circunstancias concurrentes, revela de forma indiciaria la existencia de una coordinación de comportamientos destinada a obstaculizar el proceso de liberalización del mercado, con los consiguientes efectos sobre la competencia en el mercado eléctrico que dicha decisión produce.

Resulta relevante tener en cuenta el contexto en el que se producen los hechos indiciarios. El legislador ha procurado un marco normativo claramente decidido en favor de la liberalización del sector en general y de la comercialización de energía eléctrica en particular. Para ello, ha considerado que el acceso de terceros comercializadores a las redes de los distribuidores integrados verticalmente es vital y para ello, a su vez, el acceso a la información referente a los clientes y a los puntos de suministro a través de los cuáles estos clientes se abastecen. Recordemos que, como se muestra en el Hecho Probado 5, ya en el Real Decreto-Ley 6/2000 se subrayaba esta necesidad de transparencia sobre la información relativa a los clientes para que todos los agentes puedan disponer de la misma. El legislador tampoco ignoraba entonces, como no puede ser de otra manera, el debido respeto a la legislación sobre protección de datos y recordaba que dicha transparencia debía instrumentarse *“salvaguardando, en todo caso, el derecho a mantener la confidencialidad de sus datos”*.

El RD 1435/2002 trata de articular este régimen de transparencia y acceso no discriminatorio a la información sobre clientes al crear el SIPS y regular su acceso. Tanto el artículo 7 que establece el SIPS como el 3.2. que se refiere a los contratos de suministro disponen la observancia en todo momento de las previsiones establecidas en la normativa sobre protección de datos de carácter personal que resulte de aplicación, tal y como se constata en el Hecho Probado 6.

El legislador vuelve a dejar patente su voluntad de que los comercializadores puedan acceder sin trabas a la información sobre puntos de suministro y clientes con la reforma que introduce el RD 1454/2005. Una vez más muestra pleno respeto a la normativa sobre protección de datos al contemplar el derecho de oposición de los consumidores a la cesión de sus datos confidenciales a los comercializadores (art. 7.2. del RD 1454/2005).

Datos confidenciales que, por otro lado, no son ni muchos menos todos los que figuran en el SIPS.

Pese a todos estos esfuerzos del legislador, todavía en 2007 ninguna de las distribuidoras miembros de UNESA permitía el acceso incondicionado al SIPS a comercializadores independientes y ello no necesariamente por razones amparadas en la normativa de protección de datos que, por otro lado, el marco normativo, como hemos visto, dejaba a salvo. Este comportamiento uniforme se reafirma cuando, mediante la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, el legislador completa lo previsto en el artículo 7 del precitado Real Decreto 1435/2002, ratificando la necesidad de acceso incondicionado. En este sentido, el examen de la actuación desarrollada por las distribuidoras con posterioridad a la solicitud por Céntrica de la remisión de los datos sobre los puntos de suministro, el 2 de enero de 2008 (y en los días inmediatamente posteriores por otras comercializadoras), evidencia que se ha debido llegar a algún tipo de coordinación entre éstas para restringir la competencia en el mercado eléctrico. Así:

- La convocatoria del Comité de Directores del 10 de enero de 2008, tiene como punto del orden del día la interposición del recurso, con lo cual previamente ha tenido que decidirse por las empresas que integran UNESA estudiar e incluir dicha propuesta en el orden del día. En algún momento anterior se ha tenido que diseñar la estrategia a ejecutar por las distribuidoras.
- Hasta que no se adopta el acuerdo -el 14 de enero de 2008- y se interpone recurso contencioso-administrativo -el 15 de enero de 2008-, ninguna distribuidora contesta a las solicitudes de CENTRICA, con la excepción de Endesa (que lo hace el día 11 de enero de 2008, una vez convocado el Comité de Directores de UNESA).
- Una vez interpuesto el recurso, las asociadas comienzan a contestar a CENTRICA (y a las demás comercializadoras), negándose a dar acceso a los datos solicitados fundándose en la interposición del recurso contra la Orden Ministerial en cuestión. Estas actuaciones tienen lugar a pesar de que la Audiencia Nacional había rechazado -el 16 de enero de 2008- la solicitud de medida cautelarísima de UNESA y que la Agencia Española de Protección de Datos ya había respondido (los informes tienen fecha de 18 enero de 2008) a las solicitudes de informe de ENDESA e IBERDROLA, indicando lo erróneo de su negativa con base en la normativa sobre protección de datos.

Esta actitud uniforme de rechazo a dar acceso a terceros competidores a la información sobre clientes amparándose en la interposición del recurso, incluso una vez conocidos los informes de la AEPD, resulta especialmente llamativa. Las cinco distribuidoras miembros de UNESA optan por obstaculizar el acceso de terceros al SIPS amparándose en la necesidad -por razones de propia seguridad jurídica- de que se resuelva un recurso

interpuesto por UNESA por temor, supuestamente, a incumplir la normativa de protección de datos. Este temor mancomunado justifica, en opinión de todas las distribuidoras, la negativa de acceso al SIPS, pese a que el RD 1435/2002, que la recurrida Orden ITC/3860/2007 viene a desarrollar, contempla el derecho de oposición de los clientes y no consta que fuera objetado por las distribuidoras. Ni siquiera lleva a modificar la postura de ninguna de las cinco distribuidoras el hecho de que la AEPD argumente que la Orden ITC/3860/2007 no incumple la normativa de protección de datos.

Recordemos que el incumplimiento de la obligación de permitir el acceso al SIPS constituye una infracción muy grave de la LSE de acuerdo con el artículo 61.1 de la LSE. Cuando se tiene este hecho en cuenta, surgen dudas más que razonables sobre si la estrategia uniforme de las distribuidoras de rechazo a dar acceso a terceros competidores a la información sobre clientes amparándose en la interposición del recurso y en el riesgo de incumplimiento de la normativa de protección de datos no será un artificio para evitar que se les pueda imputar este supuesto de infracción muy grave del artículo 61.1 de la LSE. En definitiva, si la estrategia de interposición del recurso articulada a través de UNESA no es más que una forma de justificar la negativa de acceso al SIPS por parte de terceros en un momento crítico del proceso de liberalización del mercado, lo que pondría en cuestión su fundamento objetivo. No hay que olvidar que la norma preveía que a más tardar el 1 de enero de 2009 todos los clientes pasaran a mercado libre (Hecho Probado 3).

Es decir, la secuencia de hechos expuesta y el contexto en el que se han desarrollado revela de modo indiciario que, por parte de las empresas integrantes de UNESA, se ha producido una estrategia de coordinación en algún momento anterior a la convocatoria del Comité de Dirección el 10 de enero de 2008 para, sirviéndose de la interposición por aquélla de un recurso contencioso-administrativo contra la Orden ITC/3860/2007, impedir de forma individual pero previamente concertada el acceso de CENTRICA y otros comercializadores al Sistema de Información de Puntos de Suministro en un momento crítico del proceso liberalizador. Esta estrategia se llevaría a cabo a través de diversas actuaciones –las previamente expuestas– que constituirían una manifiesta infracción de la normativa sectorial y restringirían la competencia en los términos que prohíbe el artículo 1 de la LDC.

En consecuencia, dada la existencia de una serie de indicios que revelan un entendimiento previo entre las empresas eléctricas integradas en UNESA (IBERDROLA, ENDESA, UNIÓN FENOSA, HIDROELÉCTRICA DE CANTABRICO y ENEL VIESGO), que habría tenido por objeto establecer una estrategia conjunta de obstaculización o restricción de la competencia en el mercado eléctrico que podría constituir una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, este Consejo considera necesario que por la Dirección de Investigación se proceda a su examen y valoración a efectos de una posible incoación de expediente sancionador.



#### **CUARTO. – Valoración de los hechos resultantes del expediente**

A pesar de que en el presente caso no se aprecia como infracción administrativa la conducta desarrollada por UNESA, no puede evitar este Consejo poner de manifiesto la singular naturaleza de dicha asociación, integrada por un número reducido pero económicamente potente de operadores, que actúan como monopolios territoriales en el ámbito de la distribución. Esta peculiaridad como ente asociativo tiene su reflejo en la estructura orgánica, en el sentido de que los cinco operadores asociados no sólo están directamente representados en la Asamblea General, sino que también se sientan, a través de sus altos ejecutivos, en los ocho Comités existentes: de Directores, Económico-Financiero, de Regulación, de Recursos Energéticos, Medio Ambiente y Planificación Indicativa, Jurídico, de Energía Nuclear, de Relaciones Laborales, y de Comunicación. Así, a modo de ejemplo en el Comité Jurídico de UNESA se sientan, entre otros, los directores generales de las asesorías o servicios jurídicos de las cinco eléctricas asociadas en UNESA. Dicho Comité Jurídico revisó y dio el visto bueno al recurso que el Comité de Directores acordó interponer contra la Orden ITC/3860/2007.

Este hecho, unido a que UNESA no integra a todos los operadores activos en el sector eléctrico, en particular a los que no están integrados verticalmente, configura a esta Asociación como la casa común de una parte del sector, en la que se consensúan posiciones, estrategias legales e intereses de una parte, muy relevante pero de una parte del sector eléctrico, de modo y manera que a través de UNESA las cinco eléctricas asociadas facilitan su presencia y la defensa de intereses comerciales o de mercado ante la Administración, el regulador sectorial u otras asociaciones empresariales competidoras o de clientes del sector (SEDIGAS, ACIE, etc.) con una única voz. La actual UNESA, constituida legalmente en 1999 como asociación exclusivamente formada por los cuatro únicos operadores integrados verticalmente en ese momento (Endesa, Iberdrola Unión Fenosa e Hidroeléctrica del Cantábrico, pues Viesgo se unió más tarde, al ser vendida por ENDESA al Grupo Enel), había sido hasta ese momento una sociedad anónima, formada en 1944 por las casi veinte empresas activas en el sector en un contexto de crisis mundial con serias dificultades para el abastecimiento de energía eléctrica de la economía del país, contexto claramente distinto al que existía en 1999 y en la actualidad.

Ya en 1999, en el expte. 433/98, *Transformadores Eléctricos*, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) intimó a UNESA a adaptar al proceso de liberalización del sistema eléctrico determinados preceptos de sus estatutos, según los cuales UNESA tenía facultades de coordinación de determinadas actividades de las eléctricas asociadas, de sus relaciones con clientes, proveedores, etc, así como prestarles determinados servicios relacionados con sus actividades. Y en relación con esta Resolución del TDC se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de abril de 2005, relativa a un acuerdo de UNESA que fijaba las condiciones técnicas a determinados transformadores

eléctricos, señalando que los acuerdos adoptados en el seno de UNESA, por emanar de una asociación de empresas eléctricas deben caracterizarse al amparo del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, de recomendaciones colectivas si producen un efecto potencialmente restrictivo, siendo irrelevante que no tengan efectos jurídicos vinculantes para las empresas asociadas, como era el caso de las Recomendaciones UNESA UNE 21088-1 y 21088-2 que, según el Tribunal Supremo, *“tienen el efecto de restringir la competencia en el mercado de los equipos de transformación y medida mediante barreras de entrada no justificadas”* .

De la documentación existente en el expediente, no se desprenden indicios de una infracción de la normativa de defensa de la competencia distinta de la señalada en el fundamento de derecho anterior, pero no por ello el Consejo deja de considerar oportuno resaltar, dada la peculiar naturaleza de UNESA como Asociación empresarial, que el diseño en común o la coordinación de estrategias empresariales, si son aptas para producir efectos restrictivos sobre la competencia, tales como la implementación –incluso por tercero- de barreras de entrada al mercado resultarían prohibidas por la legislación de defensa de la competencia. Y de dicha documentación que obra en el expediente se desprende que las eléctricas asociadas, en el seno de los órganos de UNESA, han consensuado posiciones sobre cuestiones de gran trascendencia en el proceso de introducción de competencia en los mercados eléctricos, como lo son el Suministro de Último Recurso y la naturaleza, funciones y composición de la Oficina de Cambio de Suministrador (OCS). Así, respecto de esta oficina, consta que UNESA contrastó y consensuó una posición común con SEDIGAS, llegándose a crear un grupo de trabajo entre empresas pertenecientes a ambas Asociaciones, en el que estaban las empresas que participarían en el capital de esta oficina. Como también que las eléctricas en el seno del Comité de Directores de 14/09/07 acordaron que *“no tiene sentido tratar de acercarse a la postura de Gas Natural”* en relación con la creación de la OCS. En este mismo sentido, el Consejo también ha constatado que el Comité de Directores (integrado por altos ejecutivos de las eléctricas) de 23/05/07 acordó, en relación con los expedientes abiertos por la CNC a las eléctricas asociadas, que *“UNESA no atiende ningún requerimiento...”* de Céntrica.

En definitiva, con la enumeración de conductas anterior, el Consejo quiere llamar la atención a UNESA para que extreme la diligencia en el ejercicio de sus facultades de coordinación de los comportamientos e intereses comerciales de las eléctricas asociadas, al objeto de evitar realizar conductas que pudieran constituir una infracción de las prohibiciones de la Ley de Defensa de la Competencia. Tal y como este Consejo viene señalando, tanto las Asociaciones como los cargos directivos que las representan o integran tienen que ser conscientes que sus actuaciones pueden transgredir el ámbito de lo lícito y vulnerar el artículo 1 de la Ley 15/2007 si son aptos para unificar el comportamiento de sus asociados, alterando el normal funcionamiento del mercado. A este respecto, no se debe ignorar que en el marco de la Ley 15/2007 este tipo de infracciones puede conllevar responsabilidades personales.

Correlativamente, el Consejo quiere llamar también la atención de la Dirección de Investigación sobre la necesidad de extremar la vigilancia sobre la posible coordinación de comportamientos competitivos que en el seno de UNESA pudiera darse entre sus asociados por si pudieran ser en su caso constitutivo de infracción de la normativa de competencia.

#### **QUINTO.- Validez de la prueba practicada en fase de resolución**

Por último, resulta necesario dar respuesta a las alegaciones realizadas por UNESA en su escrito de fecha 31 de julio de 2009, en el que se invoca la nulidad de las pruebas efectuadas durante la fase de resolución de este expediente por entender que los documentos requeridos son irrelevantes al no aportar en su opinión ningún dato nuevo a la investigación. Del mismo modo, se apunta que no resulta posible emplearlos para ampliar la imputación efectuada en el Informe-Propuesta.

Este Consejo no comparte en modo alguno las alegaciones de la imputada y entiende que la prueba practicada se ajusta a las competencias del Consejo y se ha realizado con arreglo a las exigencias establecidas por la normativa reguladora del procedimiento sancionador en materia de competencia. Tal afirmación se funda en los motivos que, a continuación, se procede a exponer.

Debe partirse, en primer lugar, de una premisa tan básica como es que la decisión sobre la pertinencia de la práctica de una prueba corresponde al Consejo, artículo 51 de la LDC, que puede intuir, pero no valorar a priori su relevancia para el expediente. Es decir, es la práctica de la prueba la que determina si la misma resulta o no determinante para el esclarecimiento de los hechos analizados en el procedimiento de que se trate, por lo que con carácter previo a que la misma tenga lugar no le puede ser imputado ningún vicio.

En el presente caso, el Consejo ha considerado pertinente la práctica de las pruebas por resultar necesarias para comprender el mecanismo de toma de decisiones en el seno de UNESA, el cual resulta relevante ya que la conducta a ella imputada en el presente expediente tiene lugar previa deliberación del Comité de Directores plasmada en la correspondiente acta, y la valoración que en su seno se realizó de la normativa controvertida desde el año 2005 hasta la promulgación de la Orden impugnada. En efecto, puesto que ni UNESA ni las cinco eléctricas asociadas habían impugnado el Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, y considerando que es esta disposición normativa la que, respecto del acceso por los comercializadores a las bases de datos de los puntos de suministro de los distribuidores, elimina la necesidad de un desarrollo reglamentario posterior, así como toda mención al establecimiento de requisitos de acceso, y también habilita el derecho de oposición del cliente al acceso a sus datos por parte de los comercializadores, el Consejo consideró necesario observar la conducta de UNESA

desde 2005 hasta la promulgación de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, objeto del recurso y que no hace sino “completar” lo dispuesto por el Decreto 1452/2005 en materia de acceso a las mencionadas bases de datos.

Por último, el Consejo entiende que, desde una perspectiva procedimental y acusatoria, ningún tipo de reproche merecen las pruebas en cuestión, ya que, por un lado, las mismas han sido sometidas a valoración por el imputado y sus alegaciones tomadas en consideración por el Consejo a la hora de adoptar la presente resolución y, por otro, el resultado de las pruebas no ha supuesto ninguna ampliación de la imputación, que es el principal argumento del que se sirve UNESA para solicitar su nulidad ni se han empleado para inculparla.

Por todo lo cual, vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

## **HA RESUELTO**

**PRIMERO.** Declarar la no existencia de responsabilidad administrativa de UNESA en los términos propuestos por la Dirección de Investigación, por entender que los hechos que pudieran ser constitutivos de infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no son los imputados a aquélla.

**SEGUNDO.** Interesar de la Dirección de Investigación la valoración de los indicios puestos de manifiesto en la Fundamentación Jurídica de la presente resolución y que, a juicio del Consejo, revelan un entendimiento previo entre las empresas eléctricas integradas en UNESA, es decir, IBERDROLA, ENDESA, UNIÓN FENOSA, HIDROELÉCTRICA DE CANTABRICO y ENEL VIESGO, a efectos de determinar si procede la incoación de un expediente sancionador, por si resultase de los mismos la existencia de una estrategia conjunta de obstaculización o restricción de la competencia en el mercado eléctrico, constitutiva de una infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación, y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía



administrativa, pudiendo interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.