



EXPEDIENTE 645/08, CENTRICA/HIDROCANTÁBRICO

CONSEJO

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

| En Madrid, a 22 de abril de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera ponente Dña. Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 645/08, CENTRICA/HIDROCANTÁBRICO iniciado por denuncia de CENTRICA ENERGÍA, S.L.U. (CENTRICA) contra HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELECTRICA S.A.U (HIDROCANTÁBRICO o HCDE) y otras distribuidoras de energía por supuestas conductas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, consistentes en la denegación de acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 19 de marzo de 2007 CENTRICA presenta escrito en el que formula denuncia contra las distribuidoras de energía, que es posteriormente subsanado el 27 de abril de 2007. En dicho escrito se denuncia a ELECTRA DE VIESGO DISTRIBUCIÓN, S.L., IBERDROLA DISTRIBUCIÓN ELECTRICA, S.A.U., ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U., UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN S.A. e HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A.U. porque estas empresas distribuidoras condicionan el acceso al SIPS de forma idéntica o muy similar.
2. El 11 de mayo de 2007 la Dirección de Investigación (DI) acordó escindir el expediente original, de manera que las actuaciones con HIDROCANTÁBRICO, se entiende bajo el expediente nº 2767/07, incoándose el correspondiente expediente sancionador (Expte. 2767/07) contra



HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN por supuestas conductas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989 y al artículo 82 del Tratado de la Unión Europea.

3. El 31 de marzo de 2008 la DI formuló Pliego de Concreción de Hechos según el cual la Dirección de Investigación considera acreditado:

“1. Que la negativa de HIDROCANTÁBRICO a permitir el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro en las condiciones solicitadas por Centrica, supone una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 82 del TCE, consistente en un abuso de posición de dominio”.

4. HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN y CENTRICA formularon alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos el 22 de abril de 2008 y el 28 de abril de 2008, respectivamente.
5. El 30 de abril de 2008 tuvo entrada en el Consejo el Informe-Propuesta de la DI y el expediente por ella instruido en el que, vistas las alegaciones de las partes, se ratifica en su valoración jurídica.
6. Mediante Acuerdo de 16 de mayo de 2008 se comunica a los interesados la admisión a trámite del expediente contra HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN, el nombramiento de la Sra. Sánchez Núñez como Ponente y que tal y como establece el artículo 40.1 de la Ley 16/1989 se les da plazo de 15 días para que puedan tomar vista del expediente y que puedan proponer las pruebas que estimen necesarias, así como en su caso la celebración de vista.
7. El 30 de mayo de 2008, CENTRICA solicitó prórroga del plazo establecido para solicitar prueba. El 2 de junio se concedió dicha ampliación de plazo a todos los interesados en el expediente, lo que se les comunicó el 3 de junio.
8. El 19 de junio de 2008 tuvo entrada en la CNC escrito de CENTRICA en el que presenta una serie de alegaciones manifestando su acuerdo con el Informe Propuesta de la DI, no solicita la realización de ninguna prueba y se somete a la decisión del Consejo en cuanto a la celebración de vista en lugar de conclusiones escritas.
9. El 23 de junio de 2008 tuvo entrada el escrito de HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN en el que presenta alegaciones al Informe de la Dirección de Investigación, no propone la práctica de prueba alguna, por considerar que la documentación relevante ya figura incorporada al expediente, y solicita se acuerde el trámite de conclusiones escritas.
10. Mediante Acuerdo de 30 de julio de 2008, el Consejo resolvió sobre el trámite de Prueba y Vista y acordando incorporar al expediente copia del Auto de la



Audiencia Nacional, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 12 de mayo de 2008 e instó a CENTRICA a que aportara al expediente el resultado de la verificación sobre la información contenida y sobre el soporte en que dicha información sea entregado, tal y como proponía la propia CENTRICA en el escrito de 19 de junio de 2008 ante este Consejo.

11. Una vez incorporadas al expediente las pruebas admitidas en el Acuerdo de Prueba y Vista mediante Acuerdo de 30 de septiembre se puso de manifiesto a los interesados el expediente para que alegaran cuanto estimaran conveniente sobre su alcance e importancia. El 17 y 21 de octubre de 2008 se recibieron los escritos de valoración de prueba de HIDROCANTÁBRICO y de CENTRICA.
12. El Consejo ha dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 11.4. del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.
13. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del 15 de abril de 2009.
14. Son interesados:
 - CENTRICA ENERGÍA, S.L.U. (CENTRICA).
 - HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.A.U.

HECHOS PROBADOS

Para la resolución del presente expediente se han valorado los siguientes hechos:

1. Respecto a las partes implicadas:

La denunciante, CENTRICA ENERGIA, S.L.U. (Centrica), es una comercializadora de electricidad, inscrita como tal en la Sección 2ª del Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Cualificados, con el Número de Identificación R2 – 241. Su actividad principal consiste en el suministro de electricidad a consumidores finales, actuando bajo la marca de Luseo Energía.

La denunciada, HIDROCANTÁBRICO DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, S.A.U. (Hidrocantábrico Distribución o HCDE), es una sociedad dedicada a la distribución de energía eléctrica, perteneciente a Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A., matriz del grupo Hidrocantábrico, que, a su vez, se integra en el grupo de Energías de Portugal, S.A. (EDP). Las líneas de negocio del Grupo Hidrocantábrico comprenden todas las actividades propias del sector eléctrico:



generación, distribución y comercialización. La actividad de comercialización se lleva a cabo a través de HIDROCANTÁBRICO ENERGÍA.

2. La normativa que regula este sector se describe a continuación:

2.1. La conducta objeto de este expediente se enmarca en un contexto regulatorio cuya norma fundamental, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector eléctrico (LSE) (modificada por la Ley 17/2007, de 4 de julio para adaptarla a la Directiva 2003/54/CE), se promulgó con el propósito de liberalizar el sector, tal y como señala en su Exposición de Motivos: *“El propósito liberalizador de esta Ley no se limita a acotar de forma más estricta la actuación del Estado en el sector eléctrico. A través de la oportuna segmentación vertical de las distintas actividades necesarias para el suministro eléctrico, se introducen cambios importantes en su regulación.”* La Dirección de Investigación resume en su Informe-Propuesta adecuadamente esta segmentación vertical y el enfoque que la LSE adopta al respecto: *“Dentro de los mercados eléctricos se diferencian las actividades de generación, transporte, distribución y comercialización, de forma que se encuentran sometidos a una regulación claramente diferenciada. 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.”*

No obstante, señala también la Exposición de Motivos que las actividades que se desarrollan en régimen de monopolio no están al margen de esta liberalización, pues: *“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.”* En lo que respecta a la comercialización de energía indica que esta actividad *“... adquiere carta de naturaleza en la presente Ley. No se trata de una posibilidad sometida a la consideración del Gobierno, sino de una realidad cierta, materializada en los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador que se consagra en el texto. Se establece un período transitorio para que el proceso de liberalización de la comercialización de la energía eléctrica se desarrolle progresivamente, de forma que la libertad de elección llegue a ser una realidad para todos los consumidores en un plazo de diez años.*

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”.

Por tanto el contexto en el que el legislador pretende que se desarrollen las distintas actividades del sector eléctrico es un contexto de competencia, y así, las sucesivas reformas que se han introducido en esta norma y su desarrollo no han hecho más que intensificar y adelantar en lo posible este



proceso liberalizador y de introducción de competencia. 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”*.

- 2.2. El objeto de la denuncia es la negativa de acceso completo e indiscriminado al SIPS. El SIPS es un Sistema de Información de Puntos de Suministro, creado en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja. La motivación de este Real Decreto es garantizar la efectiva liberalización del suministro eléctrico, introducida en la Ley de 1997, y que a partir del 1 de enero de 2003 se llega a su implementación completa pues todos los consumidores podrían elegir suministrado a partir de entonces. Así el RD recoge en conjunto una serie de medidas encaminadas a este fin, como expresa su Exposición de Motivos al decir que *“... [la liberalización] sólo es posible si se basa en sistemas que garanticen la adecuada protección del consumidor, minimicen la carga de trabajo de éste, estandaricen la información a transmitir y los medios por los que se remite y asignen adecuadamente los costes que ocasionan los suministros.”* Además, refiriéndose más concretamente al SIPS la Exposición de Motivos establece que *“Un aspecto que se recoge es la informatización de los datos que los distribuidores deben mantener de sus clientes así como de medios y agentes que pueden acceder a los mismos, diferenciando entre datos del punto de suministro accesibles a todos los sujetos del sistema y datos restringidos a ciertos agentes.”*

De hecho, la redacción en el citado Real Decreto inicialmente era la siguiente:

“Artículo 7. Sistema de información de puntos de suministro.



1. Las empresas distribuidoras deben disponer de una base de datos referidos a todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, permanentemente actualizada, en la que consten al menos los siguientes datos:

- a) Código Universal de Punto de Suministro.*
- b) Empresa distribuidora.*
- c) Ubicación del punto de suministro.*
- d) Población del punto de suministro.*
- e) Provincia del punto de suministro.*
- f) Tarifa en vigor, de suministro o acceso.*
- g) Tensión de suministro.*
- h) Derechos de extensión reconocidos.*
- i) Derechos de acceso reconocidos.*
- j) Potencia máxima autorizada por boletín de instalador autorizado.*
- k) Potencia máxima autorizada por acta de autorización de puesta en marcha de instalaciones de alta tensión.*
- l) Tipo de perfil de consumo.*
- m) Tipo de equipo de medida.*
- n) Propiedad del equipo de medida.*
- ñ) Fecha de la última lectura.*
- o) Disponibilidad de Interruptor de Control de Potencia.*
- p) Consumo del último año natural (por discriminación horaria y por meses).*
- q) Potencias contratadas en cada período.*
- r) Fecha del último movimiento de contratación.*
- s) Fecha límite de los derechos reconocidos de extensión.*

Las empresas distribuidoras deberán dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitan la consulta de datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y los comercializadores de energía eléctrica.

2. Los consumidores tendrán derecho de acceso a sus datos contenidos en este registro de forma gratuita.



3. Los comercializadores podrán acceder a los datos siguientes de este registro, en la forma y con los requisitos que establezcan las disposiciones de desarrollo del presente Real Decreto:

- a) Empresa distribuidora.*
- b) Ubicación del punto de suministro.*
- c) Población del punto de suministro.*
- d) Provincia del punto de suministro.*
- e) Tensión de suministro.*
- f) Derechos de extensión reconocidos.*
- g) Derechos de acceso reconocidos.”*

2.3. Posteriormente, este artículo fue modificado por el artículo 4 del Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico. Este Real Decreto es producto de las medidas de impulso de la productividad recogidas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de febrero de 2005, que dentro de sus mandatos incluía la modificación del Real Decreto 1435/2002 con el objetivo de “...evitar así obstáculos al paso de clientes del mercado regulado al mercado libre” y concretamente contempla, entre otras medidas, “Mayor información a difundir por las empresas distribuidoras”.

Con este objetivo, en su artículo 4.5 se recoge la modificación del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002. Concretamente, se incrementan los datos a los que tiene acceso el comercializador y se elimina la necesidad de un desarrollo reglamentario posterior, así como toda mención al establecimiento de requisitos de acceso, quedando su redacción como sigue:

“1. Las empresas distribuidoras deben disponer de una base de datos referidos a todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, permanentemente actualizada, en la que consten al menos los siguientes datos:

- a) Código Universal de Punto de Suministro.*
- b) Empresa distribuidora.*
- c) Ubicación del punto de suministro.*
- d) Población del punto de suministro.*
- e) Provincia del punto de suministro.*
- f) Fecha de alta del suministro.*
- g) Tarifa en vigor de suministro o de acceso.*
- h) Tensión de suministro.*



- i) Potencia máxima autorizada por boletín de instalador autorizado.*
- j) Potencia máxima autorizada por acta de autorización de puesta en marcha.*
- k) Tipo de punto de medida.*
- l) Disponibilidad de Interruptor de Control de Potencia.*
- m) Tipo de perfil de consumo.*
- n) Derechos de extensión reconocidos.*
- ñ) Derecho de accesos reconocidos.*
- o) Propiedad del equipo de medida.*
- p) Propiedad de Interruptor de Control de Potencia.*
- q) Potencias contratadas en cada período.*
- r) Fecha del último movimiento de contratación a efectos tarifarios.*
- s) Fecha del último cambio de comercializador.*
- t) Fecha límite de los derechos reconocidos de extensión.*
- u) Consumo de los dos últimos años naturales (por períodos de discriminación horaria y meses).*
- v) Fecha de la última lectura.*

Las empresas distribuidoras deberán dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitan la consulta de datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y los comercializadores de energía eléctrica.

2. Los consumidores tendrán derecho de acceso a sus datos contenidos en este registro de forma gratuita. Igualmente los comercializadores podrán acceder gratuitamente a los datos contenidos en el citado registro. No obstante lo señalado anteriormente, los consumidores podrán manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores.

3. Los distribuidores de más de 10.000 clientes deberán disponer de sistemas de acceso telemáticos a las bases de datos a las que se refiere el presente artículo antes de transcurridos tres meses desde la entrada en vigor del presente Real Decreto.”

Por lo tanto, el Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS) puede definirse como una base de datos creada y mantenida por la empresa distribuidora en la que se recogen los datos enumerados en el



apartado 1 del citado artículo sobre los puntos de suministro conectados a sus redes.

- 2.4. Insistiendo en la importancia que el legislador le otorgaba al acceso a la base de datos objeto de este expediente, 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, antes citado, incorporó como infracción muy grave la 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.”*
- 2.5. La nueva Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, 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 complementa la regulación existente hasta el momento, pues como ya expresa en su propia Exposición de Motivos, *“Si bien la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, introduce novedades para completar el Mercado Interior de la electricidad, hay que señalar que la mayor parte de las disposiciones establecidas en la misma ya se encuentran incorporadas en la legislación española por lo que su adecuación solo afecta a la necesidad de modificar aspectos puntuales”*, pero demuestra de nuevo su interés en que las redes de distribución no sean un obstáculo al señalar que: *“Con objeto de asegurar, entre otros, un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores, se reforma la configuración actual de la actividad de distribución en la Ley del Sector Eléctrico. La actividad de suministro a tarifa deja de formar parte de la actividad de distribución el 1 de enero de 2009. (...) A partir del 1 de enero de 2009 el suministro pasa a ser ejercido en su totalidad por los comercializadores en libre competencia, y son los consumidores de electricidad quienes eligen libremente a su suministrador. Se adaptan todos los derechos y obligaciones de los comercializadores y distribuidores al nuevo orden establecido, teniendo en cuenta que el distribuidor deja de suministrar a tarifa y considerando, además, el nuevo concepto de suministrador de último recurso. En esta línea destacar que se refuerzan las obligaciones en relación con la formalización de contratos de los consumidores y el mantenimiento de las bases de datos de puntos de suministro, que garantizan el acceso en igualdad de condiciones. (...) Como complemento al objetivo que persigue la Directiva del acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores, se crea la Oficina de Cambios de Suministrador, una sociedad independiente responsable de la*



supervisión y, en su caso, gestión centralizada de las comunicaciones y registro formal de los cambios de suministrador de energía eléctrica. La citada Oficina, para el ejercicio de sus funciones tendrá acceso a las bases de datos de puntos de suministro de las empresas.”

- 2.6. Finalmente, y aunque la modificación del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 eliminaba la necesidad de un desarrollo reglamentario al respecto, se publica la Orden Ministerial ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2008, y se introducen medidas para facilitar el acceso a las bases de datos SIPS. Dice en su Preámbulo: *“El artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, modificado por el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico, establece el sistema de información de puntos de suministro que las distribuidoras han de poner a disposición de sus clientes y de las empresas comercializadoras. 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.”*

En su Disposición Adicional Tercera prevé lo siguiente:

“1. Las empresas distribuidoras deberán mantener los registros de las bases de datos de puntos de suministro referidas en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, completos de forma permanente y garantizar el contenido actualizado de cada uno de los datos que componen dichas bases, conforme a los términos estandarizados establecidos en el anexo VII de la presente orden.

2. Los comercializadores inscritos en la sección correspondiente del Registro Administrativo de Distribuidores, Comercializadores y Consumidores Directos en Mercado, así como la Oficina de Cambio de Suministrador definida en el artículo 47 bis de la Ley del Sector Eléctrico, modificada por Ley 17/2007, de 4 de julio, podrán acceder gratuitamente a las bases de datos de puntos de suministro de cada empresa distribuidora.

3. Las empresas distribuidoras no podrán establecer condición alguna al acceso y tratamiento de estos datos por parte de los comercializadores o de la Oficina de Cambio de Suministrador, ni exigir en ningún caso que éstos les proporcionen dato alguno como condición previa de acceso a su base de datos, entre ellos: el Código Universal del Punto de Suministro, CIF, NIF o NIE del titular de dicho punto de suministro o número de contrato en vigor de cada punto de suministro concreto, para el cual deseen consultar la base de datos.



4. Las empresas distribuidoras deberán garantizar el acceso a las bases de datos de puntos de suministro a través de medios telemáticos. En particular, la empresas distribuidoras deberán contar con los medios necesarios para que cualquier comercializador o la Oficina de Cambio de Suministrador, pueda descargar y proceder al tratamiento de los datos referidos a la totalidad de los puntos de suministro conectados a las redes del distribuidor y a las redes de transporte de su zona, así como llevar a cabo una selección detallada de los puntos de suministro respecto a los cuales quiere acceder a sus datos, en función de las diferentes categorías de datos que componen las citadas bases.

5. A partir de la entrada en vigor de la presente orden, y sin perjuicio del derecho de acceso a las bases de datos a través de medios telemáticos establecido en el apartado 4 anterior, las empresas distribuidoras deberán remitir a la Oficina de Cambio de Suministrador, o a los comercializadores que lo soliciten, los datos relativos a todos y cada uno de los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona a través de un soporte físico informático que permita su inmediata y efectiva disposición y tratamiento. La empresa distribuidora deberá remitir dicha información en el plazo máximo de quince días desde la fecha de solicitud por parte del comercializador.

6. Los comercializadores que hagan uso de la información que figura en las bases de datos de puntos de suministro de las empresas distribuidoras, a tenor de lo contemplado en la presente disposición y en el artículo 45.1.i de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, deberán garantizar la confidencialidad de la información contenida en las mismas.”

En su Disposición Transitoria Segunda prevé lo siguiente:

“Plazos para la adaptación de las condiciones de mantenimiento y acceso relativas a las bases de datos de puntos de suministro.

1. Las empresas distribuidoras dispondrán del plazo de dos meses a partir de la entrada en vigor de la presente orden, para adaptar los contenidos de las bases de datos de puntos de suministro referidas en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, a los términos estandarizados establecidos en el anexo VII de esta orden a que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional tercera.

2. Asimismo las empresas distribuidoras dispondrán del plazo dos meses a partir de la entrada en vigor de la presente orden, para garantizar el acceso a las bases de datos de puntos de suministro a través de medios telemáticos conforme lo establecido en el apartado 4 de la disposición adicional tercera.”



La entrada en vigor de esta Orden Ministerial estaba prevista para el 1 de enero de 2008.

- 2.7. Esta última norma ha sido objeto de recurso ante la Audiencia Nacional, por parte de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA). En dicho recurso contra la DA3ª de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre se solicitaba la adopción de medida cautelarísima de suspensión de la ejecución de la resolución recurrida. El 16 de enero de 2008 la Audiencia Nacional dictó Auto en el que se acordaba no haber lugar a la cautelarísima y formar pieza separada para sustanciarla por el trámite ordinario.

Con fecha 13 de febrero de 2008 la Audiencia Nacional dicta un Auto ordenando la suspensión cautelar de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre. Entendió la AN que la no suspensión supondría la pérdida de la finalidad legítima del recurso toda vez que las empresas deberían poner a disposición de los comercializadores las bases de datos de puntos de suministro. Por otro lado consideró la Sala que con ello tampoco se impedía a los comercializadores el acceso a las bases de datos. *“El artículo 7.2. del RD 1435/2002 en la redacción dada por el RD 1454/2005 permite el acceso gratuito de los comercializadores a los datos contenidos en el registro de puntos de suministro de forma que el interés de los mismos y el interés general que pueda representar la Orden están garantizados en el precepto citado.”* La Sala entendió también que existía una apariencia de buen derecho respecto a la pretensión de nulidad deducida puesto que la misma podría ir en contra de la LOPD.

- 2.8. El 15 de marzo de 2008 se dicta la Orden ITC/694/2008, en la que introduce un apartado séptimo a la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre con la siguiente redacción:

“7. No obstante lo señalado anteriormente, los consumidores podrán manifestar por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores.”

Este párrafo es idéntico al recogido en el artículo 7.2. del RD 1435/2002, en la redacción dada por el RD 1454/2005.

- 2.9. Mediante Auto de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2008 se estima el recurso de súplica presentado por CENTRICA y ACIE contra el Auto de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2008. La Sala entiende que con el nuevo párrafo introducido en la Orden pierde intensidad el argumento de apariencia de buen derecho, lo que exige una nueva ponderación de los intereses en juego. La valoración del interés público adquiere mayor relieve porque está en juego la efectividad de una disposición general. En vista de



tales intereses, estima el recurso de súplica y deja sin efecto la suspensión de la ejecución de la Orden ITC 3860/2007 acordada en el citado auto.

3. Sobre la estructura actual de los mercados afectados en este expediente:

3.1. Respecto al mercado de suministro de energía eléctrica:

Según la CNE, “Desde comienzo de la liberalización, la participación de los consumidores eléctricos en el mercado liberalizado ha ido aumentando gradualmente de acuerdo con el calendario de elegibilidad, hasta el 1 de enero de 2003, fecha en la que se alcanza la elegibilidad plena. A partir de entonces, la participación sigue incrementándose a un ritmo moderado hasta llegar a su máximo histórico en julio de 2005 con un 37%. Desde entonces y hasta diciembre de 2006, la tendencia se invierte debido al fuerte incremento de precios del mercado de producción de energía eléctrica registrados a partir de 2005, y por el no acompañamiento de las subidas correspondientes en la tarifa regulada. A partir de 2007, la tendencia se invierte de nuevo motivada fundamentalmente por unos precios del mercado más bajos en ese año y por la introducción del déficit ex ante acompañado de una reducción de las tarifas de acceso, incrementándose la participación en el mercado liberalizado hasta llegar en el tercer trimestre de 2008, a superar una cuota del 50%.

(...)

En relación con los puntos de suministro de tipo doméstico, tan sólo el 7% tanto en términos de energía como de número de suministros se encuentra en mercado liberalizado a finales del tercer trimestre de 2008. De hecho, en este segmento, el número de suministros ha ido reduciéndose desde 2,3 millones de suministros al comienzo de 2006 hasta 1,8 millones de suministros al final del periodo analizado, mientras que la energía correspondiente se ha mantenido relativamente estable.

En relación a los consumidores de medio tamaño relativo (tipo pymes), un 27% de estos suministros que involucran un 48% de la energía de este segmento se suministran a precio libre al final del periodo. En este segmento se ha registrado un incremento progresivo desde el comienzo de 2007 de paso a mercado liberalizado, aumentándose significativamente en 2008”.

De acuerdo con los datos de la CNE, la facturación del suministro peninsular de baja tensión (pequeños clientes) en 2006, sólo en lo que se refiere a tarifa, ascendió a 10.003,793 millones de euros.

3.2. Geográficamente, las redes de HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION se concentran en la Comunidad Autónoma de Asturias, donde cubren la mayor parte de la provincia, aunque también están presentes en tres municipios del sur de la Comunidad Autónoma de Madrid y en un reducido número de municipios de la Comunidad Autónoma de Valencia, en



concreto en las provincias de Valencia y Alicante. De acuerdo con los datos CNE, en 2006 distribuyó por sus redes más de 9.469 Gwh, lo que supone el 4% del total de energía eléctrica distribuida a escala nacional.

- 3.3. *El grupo Hidrocantábrico suministra energía a sus clientes finales tanto a través de Hidrocantábrico, S.A. negociando libremente el precio, como de Hidrocantábrico Distribución con sujeción a la tarifa. En el periodo que abarca desde 2001 a 2006 las cuotas de mercado del grupo Hidrocantábrico han conservado una cierta estabilidad, si bien el peso de cada uno de los tipos de suministro difiere según la modalidad. En cuanto a la modalidad de suministro, destaca el hecho de que el 48 % de la energía suministrada por Hidrocantábrico corresponde al mercado libre.*

Diferenciando entre tipos de consumidores, grandes y pequeños, HIDROCANTÁBRICO contaba en 2006 con 61.887 grandes y 535.662 pequeños, consumiendo respectivamente 7.057 y 2.440 Gwh.

En el período de referencia según datos de la CNE, el grupo HIDROCANTÁBRICO, en el 2006, un 34 % de la energía total suministrada a grandes consumidores la realizó a través de la modalidad denominada mercado libre. De ellos sólo el 41% de los grandes y el 10,3 de los pequeños estaban en el 2006 en el mercado libre, aunque el número de pequeños ha ido en aumento desde el año 2003 (año de la liberalización completa). En términos de energía, los pequeños consumidores en el mercado libre en las redes de HIDROCANTÁBRICO tan sólo representan el 4% del total suministrado por sus redes. A nivel nacional el grupo Hidrocantábrico ostenta una cuota del 2,1 % en el suministro de energía a pequeños consumidores y del 9,7 % en el suministro de energía a grandes consumidores en términos de energía.

La evolución previamente descrita del suministro en términos de energía ha permitido al grupo Hidrocantábrico mantener su posición en los mercados nacionales de suministro de energía.

En términos de número de consumidores, la evolución de las cuotas de mercado ha sido distinta en cada caso. De esta forma, en el caso de los grandes consumidores se observa una tendencia irregular en la que las cuotas al inicio y al final de la serie son iguales (el 3,1% del nacional), mientras que en el mercado de pequeños consumidores la cuota descendió en 2002 para estabilizarse a continuación (en un 2,3% del nacional).

- 3.4. *El grado de fidelización en términos de energía de Hidrocantábrico Energía, S.A. sobre los clientes en mercado libre de la red de Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. se sitúan en 2006 en el 80 % para grandes consumidores y en el 78 % para pequeños consumidores.*



El grado de fidelización en términos de energía de Hidrocantábrico Energía, S.A. se calcula como el cociente de la energía suministrada por Hidrocantábrico Energía, S.A. en la red de Hidrocantábrico Distribución entre la energía total suministrada en el mercado libre a los clientes conectados a la red de Hidrocantábrico Distribución. En este caso, no se aprecia una divergencia notable en el comportamiento de los pequeños y grandes consumidores. Hasta 2005, el grado de fidelización fue descendiendo progresivamente hasta alcanzar en 2005 un mínimo del 71 % en el mercado de grandes consumidores y del 67 % en el de pequeños consumidores. No obstante, en el 2006 se aprecia un fuerte repunte en ambos mercados.

De forma análoga, se calcula el grado de fidelización en función del número de consumidores. En este caso, la evolución es similar al grado de fidelización medido en términos de energía, aunque los valores se sitúan habitualmente por encima de las anteriores.

Como resultado del alto grado de fidelización, el grupo Hidrocantábrico suministraba todavía en 2006 el 97 % de la energía de los grandes consumidores conectados a sus redes y el 97 % en el caso de pequeños consumidores.

4. Sobre la conducta denunciada en el expediente:

- 4.1. Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. permite el acceso de las comercializadoras a los datos del Sistema de Información de Puntos de Suministro de forma individualizada y tras la aportación del CUPS y del Número de Contrato.*

Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A. dispone de una página web (folio 766) que permite a las comercializadoras acceder al SIPS. En este caso, las empresas comercializadoras deben aportar el Código Único de Punto de Suministro (CUPS) y el Número de Contrato para acceder a los datos contenidos en el mismo.

- 4.2. Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. no ha permitido el acceso completo a los datos del SIPS a Centrica Energía, S.L.U.*

Con fecha 9 de octubre de 2006, Centrica Energía, S.L.U. remitió un burofax (folios 200 y 201) a Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.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."



En respuesta a esta petición, Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. envió una carta (folio 222) el 16 de octubre de 2006 en la que se remitía al sistema de acceso descrito anteriormente en el Hecho Acreditado 4.1, comunicándole a Centrica que de esta forma consideraba cumplimentadas las obligaciones establecidas al respecto en los Reales Decretos 1435/2002 y 1454/2005.

En la práctica, este tipo de consulta a la que se refiere Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. en su carta consiste en un acceso a los datos del SIPS cliente a cliente, por lo que implícitamente estaría negándose a facilitar la modalidad de acceso masivo que solicita Centrica.

Con fecha 2 de enero de 2008, Centrica envió dos burofax (folios 926 a 929) a Hidrocantábrico Distribución dirigidos a D. Emilio García – Conde y D. Francisco Javier Sáenz de Jubera solicitando “...los datos relativos a todos y cada uno de los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona...” de acuerdo con las condiciones de la Orden ITC/3860/2007 de 28 de diciembre.

En respuesta a esta petición, el 17 de enero de 2008 Hidrocantábrico Distribución envía un burofax (folio 938) a Centrica informando de que la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) ha procedido a la impugnación jurisdiccional de la Orden ITC/3860/2007 y ha solicitado como medida cautelar la suspensión de su aplicación. Asimismo, indica que; “...la solicitud queda condicionada a lo que finalmente decida el citado órgano judicial”. Con fecha 21 de enero de 2008, Centrica reitera su solicitud de acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro (folio 941).

4.3. El Sistema de Información de Puntos de Suministro establecido por Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. registra unos niveles de utilización muy bajos.

En la siguiente tabla, se presentan los datos aportados por Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. sobre la utilización de su SIPS por parte de las comercializadoras desde 2003 (folio 686):



AÑO	Código Comercializadora	Total general
2006	CÉNTRICA	8
	ENDESA	13
	GAS NATURAL	3
	HC ENERGIA	1
	UNIÓN FENOSA	3
	VIESGO	1
Total 2006		29
2007	GAS NATURAL	134
	IBERDROLA	11
Total 2007		145
Total general		174

Como se aprecia en la tabla, la utilización del SIPS es completamente marginal, destacando únicamente la utilización por parte de Gas Natural Servicios SDG, S.A.

- 4.4. El 17 de junio de 2008 la distribuidora puso a disposición de CÉNTRICA la información requerida poniendo fin a la negativa de acceso incondicionado al SIPS.
- 4.5. Los datos en soporte físico fueron puestos a disposición de CÉNTRICA el 17 de junio de 2008 y el 26 de agosto de 2008 se permitió el acceso telemático.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El 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 y se declara extinguidos el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

SEGUNDO. El presente resolución debe resolver sobre si la conducta denunciada por CÉNTRICA y llevada a cabo por HIDROCANTABRICO resulta ser constitutiva de una infracción del artículo 6 de la LDC. La denuncia se refiere a las condiciones de acceso al sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS). La denunciante sostiene que, el acceso que las empresas distribuidoras están obligadas a permitir a la base de datos SIPS, creada de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del RD 1435/2002, de 27 de diciembre según redacción dada por el RD 1454/2005 y, debe ser un acceso masivo, incondicional y gratuito para todos los



comercializadores. Aunque el presente expediente examina la conducta de HIDROCANTABRICO, la denuncia original de CENTRICA abarcaba a las cinco distribuidoras, pues, según manifiesta, desde la entrada en vigor de la norma las distribuidoras se habrían estado negado a permitir el acceso completo e incondicionado al SIPS al exigir previamente al comercializador datos sobre el punto de suministro (CUPS) que, de hecho, son parte de la información a la que se debe acceder en el SIPS o sobre el contrato entre la distribuidora y el cliente (NCA). Todas estas conductas constituyen en opinión de CENTRICA una negativa de acceso a información que resulta esencial para competir en el mercado con los comercializadores de los grupos integrados. Todo ello en un momento que resulta crítico para la configuración del mercado.

La Dirección de Investigación, tras la investigación llevada a cabo, considera acreditado que Hidrocantábrico Distribución Eléctrica S.A.U. ha cometido una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE, consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de distribución de electricidad negando el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro en los términos establecidos por la normativa sectorial.

La Dirección de Investigación considera acreditado que Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. ostenta una posición de dominio en los mercados de distribución eléctrica en los que se encuentra presente a través de sus propias redes. Considera también que: *“No obstante, la conducta investigada produce sus efectos sobre la competencia en otros mercados, los de suministro a grandes consumidores y a pequeños consumidores, en los que el grupo Hidrocantábrico tanto como distribuidora como comercializadora tendría una posición preeminente. Por lo tanto, la infracción se inscribiría dentro de la doctrina sobre el abuso de posición de dominio en mercados conexos, ampliamente respaldada por la jurisprudencia comunitaria Sentencia del TJCE de 3 de julio de 1991, AKZO Chemie BV contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto C-62/86; Sentencia del TJCE de 6 de marzo de 1974, Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corporation contra Comisión de las Comunidades Europeas, Asuntos acumulados 6 y 7-73) y nacional Resolución del Consejo de la CNC de 20 de julio de 2007-(Expte. 703/06 Agencias de carga/Correos) o Resolución del Consejo de la CNC de 12 de abril de 2007-(Expte. R713/07 Special Prices/Binter Canarias).*

La Dirección de Investigación ha constatado *“una llamativa falta de utilización del SIPS por parte de prácticamente todas las comercializadoras,..., cuando, teóricamente, como señala la CNE (folio 732) en su respuesta a la solicitud de información de esta Dirección, “...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.”* En consecuencia, *“la imposibilidad de acceder a estos datos habría supuesto una*



distorsión de la competencia en los mercados liberalizados, en la medida en que las comercializadoras han tenido que recurrir a otras vías alternativas mucho más costosas e ineficaces para conseguir la misma información”. Y por tanto: “La negativa de Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. a facilitar el acceso completo e incondicional a los datos contenidos en el SIPS a las comercializadoras habría permitido al grupo Hidrocantábrico consolidar su liderazgo en los mercados de suministro de energía, no existiendo otra justificación objetiva para tal conducta”.

Valora la Dirección de Investigación que esta estrategia se ha desarrollado en momentos, 2005 y 2006, en los que el incremento del precio de las materias primas se ha visto trasladado al precio del mercado libre pero no a las tarifas, por lo que los márgenes de comercialización se han visto reducidos, reduciendo las ventajas de pasar al mercado libre y por tanto dificultando el negocio de las comercializadoras independientes. En este contexto, cualquier conducta que aumente los costes de información sobre clientes potenciales de las comercializadoras independientes dificulta aun mas la viabilidad de estas comercializadoras independientes frente a las verticalmente integradas, y *hace más valiosa la información contenida en el SIPS, puesto que las ofertas de las comercializadoras deben ser más selectivas y ajustadas en una coyuntura desfavorable del mercado.*

Por todo ello la Dirección de Investigación valora que “, *la denegación del acceso completo e incondicional a la información contenida en el SIPS a Centrica y al resto de comercializadoras habría supuesto, por un lado, un abuso de la posición dominio que Hidrocantábrico Distribución ostenta en el mercado de distribución contrario al artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 82 del TCE. Para ello se habría basado, en primera instancia, en una interpretación intencionadamente incorrecta del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, que no estaría respaldada por la normativa sectorial vigente, pero habría beneficiado tanto a la propia Hidrocantábrico Distribución como a Hidrocantábrico Energía, S.A. y, por lo tanto, al grupo Hidrocantábrico en su conjunto permitiéndole mantener su status quo en los mercados de suministro de electricidad.*

En consecuencia, el objeto y el efecto de las conductas descritas habría sido mantener su posición de dominio en el mercado de distribución formado por las redes de distribución propiedad de Hidrocantábrico y extenderla a los mercados de suministro de energía a grandes y pequeños clientes, lo que habría distorsionado el buen funcionamiento de las fuerzas del mercado, perjudicando tanto a los competidores directos en el mercado conexo de suministro, como a los consumidores finales.

TERCERO.- Las alegaciones presentadas por HIDROCANTABRICO niegan que ostente posición de dominio alguna, elemento fundamental del tipo infractor denunciado, en base a dos argumentos. En primer lugar, su cuota de mercado en el mercado nacional de suministro de energía eléctrica, incluido suministro a tarifa y



suministro en mercado libre, sería de un 4%, y no puede incurrir en abuso de posición de dominio. En segundo lugar sostiene que el mercado de distribución, de dimensión local, y el mercado de suministro, de dimensión nacional son dos mercados distintos e inconexos, y ello porque la propia ley obliga a la separación de actividades. Debido a esa separación de mercados la forma de facilitar datos del SIPS no provocaría ningún beneficio, ni directo ni indirecto, para HCDE, pues no compite en el mercado de suministro y su retribución es independiente del número de clientes a tarifa que suministra, no existiendo pues incentivo alguno en dificultar el acceso al SIPS

Por último alega HIDROCANTABRICO que no puede haber infracción ya que: (1) Hasta que no se promulgó la Orden ITC/3860/2007 no se decía explícitamente que el acceso debía ser completo e incondicionado; (2) La interpretación que HCDE ha hecho hasta la fecha de la normativa existente pretendía preservar el derecho del cliente a que sus datos no fuesen públicos; (3) La interpretación que HCDE hacía era acorde con la interpretación de la CNE y (4) No tuvo ningún efecto, pues los problemas en la comercialización proceden de otras causas, como el mantenimiento de la tarifa a niveles inferiores a los precios del mercado libre.

Básicamente HCDE alega que la forma de conciliar el derecho de sus clientes a mantener sus datos no accesibles a terceros con el derecho de las comercializadoras a obtener información regulado en el art.7 de los RD 1435/2002 y RD 1545/2005 era el de solicitar el CUPS y el número de contrato, pues así se garantizaba que el cliente, al haberle dado al comercializador su CUPS y su número de contrato estaba implícitamente dando su consentimiento para que éste tuviera acceso a sus datos, en manos de la distribuidora. Es más, según HCDE, la Orden ITC/3870/2007 vulnera el principio de jerarquía normativa, pues impide a los consumidores ejercitar su derecho a que sus datos no sean facilitados.

HCD alega que no hay incentivo a negar el acceso, pues la Dirección de Investigación ignora el funcionamiento del régimen de retribución de las actividades reguladas del sector eléctrico, ya que ésta (la retribución) es independiente del número de clientes que estén a tarifa, y no hay economías de escala, por tanto, mantener clientes en estas tarifas no incrementa las garantías de recuperar costes.

Alega HCDE para justificar su conducta que no pueden ignorarse los regímenes del gas natural y el eléctrico portugués, ya que son dos regímenes en los que el acceso a las bases de datos de puntos de suministros son exactamente los que HCDE venía exigiendo.

Por último, según HCDE el expediente habría perdido su razón de ser, pues las diferentes y sucesivas reformas reglamentarias dejan sin sentido la denuncia actual. Con la nueva normativa no se pueden generar los conflictos que se han tratado en el expediente actual entre distribución y comercialización



CUARTO.- La figura del abuso de posición de dominio requiere comenzar su análisis delimitando el mercado relevante de producto y geográfico en el que la conducta tiene lugar. La CNC, tanto en sede del Consejo, como en sede de la Dirección de Investigación se ha pronunciado con anterioridad respecto a los mercados que componen el sector eléctrico. Basándose en dichos pronunciamientos (por todas la resolución mas reciente C/0098/08 GAS NATURAL/UNION FENOSA, de 11 de febrero de 2006), la DI considera que los mercados relevantes en el presente expediente, en relación a la actuación de Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. sobre el Sistema de Información de Puntos de Suministro, son los mercados de distribución de energía eléctrica en la red de Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U. y el mercado nacional de suministro de energía eléctrica a grandes consumidores y a pequeños consumidores.

A esta delimitación de mercados no han presentado ninguna objeción ni la denunciada ni la denunciante, y este Consejo ya se ha pronunciado recientemente, tal y como consta en el Fundamento de Derecho Octavo de su RCNC 641/08 CENTRICA/ENDESA, primera resolución fallada de las cinco a que ha dado lugar la denuncia de CENTRICA, con el siguiente tenor :” *La distribución, entendida como actividad de gestión de la red de distribución de baja tensión organizada en torno a monopolios regionales, constituye un mercado relevante en sí mismo. De acuerdo con los precedentes, para el consumidor la red de distribución que le presta servicio no puede ser sustituida por ninguna otra, ni por ningún otro tipo de producto o servicio. En consecuencia, dado el marco institucional y las características de oferta y demanda, puede concluirse que la distribución de energía eléctrica constituye un mercado claramente diferenciado del resto de actividades necesarias para abastecer de energía eléctrica a los clientes finales. Asimismo, se diferencian distintos mercados geográficos en función del perímetro de la red sobre la que el distribuidor ostenta la titularidad. Y en la misma resolución, respecto al mercado de suministro se manifestaba en los siguientes términos:” En la actualidad los distribuidores a la vez titulares de las instalaciones de distribución y gestores de la red de baja tensión, son suministradores a tarifa de consumidores finales. El suministro comprende la entrega de energía a través de las redes de transporte y distribución mediante contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles. La Ley 17/2007 preveía que el suministro a tarifa de consumidores finales por los distribuidores desapareciera el 1 de enero de 2009, siendo sustituido por el suministro de último recurso, al que se podrán acoger determinados consumidores y que se llevará a cabo por los comercializadores sujetos a unos precios máximos o tarifa de último recurso. No obstante, el suministro de último recurso no se ha implementado todavía, por lo que las tarifas eléctricas siguen en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden ITC/3801/2008, de 26 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2009.*



Por tanto, en el mercado de suministro de electricidad a consumidores finales todavía compiten y, desde luego, lo han hecho en el periodo relevante a efectos de este expediente, las ventas a tarifa y ventas a precio libre, puesto que todos los consumidores elegibles deben considerarse parte de un mismo mercado sin perjuicio de quien les provea. De aquí que las autoridades de competencia hayan definido ambos tipos de suministro como parte de un mismo mercado en los precedentes más cercanos (M3440 ENI/GDP/EDP; C 94/05 GAS NATURAL/ENDESA). En cambio, atendiendo a los diferentes perfiles de consumo en cuanto a volúmenes y estacionalidad, así como a los márgenes comerciales y las relaciones con la demanda, etc., los precedentes recientes han optado por diferenciar entre suministro a grandes clientes (alta tensión) y suministro a clientes residenciales y PYMES (baja tensión), incluyendo el suministro a tarifa y el de mercado libre. En ambos casos los precedentes han definido el ámbito geográfico como nacional, en la medida en que los distintos oferentes establecen sus estrategias competitivas y ofertan sus servicios a nivel nacional. Sin embargo, en el informe relativo al expediente C- 0098/08 GAS NATURAL/UNIÓN FENOSA la CNC ha matizado lo siguiente:

(368) La titularidad de las redes de distribución en una zona puede condicionar la dinámica competitiva en los mercados de suministro de dicha zona, especialmente en cuanto al suministro a clientes domésticos y PYMES, más sensibles a factores diferentes al precio para elegir suministrador, si bien es previsible que la introducción de la tarifa de último recurso y la eliminación de las obligaciones de suministro de los distribuidores tiendan a reducir las interrelaciones territoriales entre los mercados de distribución y suministro de electricidad.

(369) Por tanto, si bien no se considera adecuada la definición de mercados zonales para el suministro minorista a clientes domésticos y PYMES, se tendrá en cuenta la interrelación entre redes de distribución y suministro minorista a efectos de analizar la dinámica competitiva en los mercados y la vinculación histórica al incumbente de este tipo de clientes. “

QUINTO.- Respecto al siguiente elemento del tipo infractor aquí analizado, la posición de dominio, ésta resulta incuestionable para HIDROCANTABRICO en el mercado de distribución de energía eléctrica en cada una de las zonas que abarcan sus redes de distribución. Como sostiene la DI en su IP: “La actividad de distribución de energía eléctrica reúne todos los requisitos para ser considerada un monopolio natural. La condición de subactividad de costes se cumple de forma evidente, ya que resultada altamente ineficiente replicar una determinada red de distribución. Además como se ha señalado anteriormente, una red de distribución no puede ser sustitutiva de otra para un determinado consumidor. Esta característica de monopolio natural viene recogida en la exposición de motivos de la LSE, condicionando su regulación y posterior desarrollo normativo.

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria asimila rotundamente la existencia de un monopolio legal a la posición de dominio. De esta forma, en la Sentencia del



TJCE de 17 de mayo de 1994 (C18/93 Puerto de Génova, se afirma que “Puede considerarse que una empresa que disfruta de un monopolio legal en una parte sustancial del mercado común ocupa una posición dominante en sentido del artículo 86 del Tratado”.

En definitiva, la posición de dominio de las empresas distribuidoras queda protegida por la propia regulación, erigiéndose como principal barrera de entrada, más allá de otras consideraciones de índole económica, el objetivo de salvaguardar la eficiencia económica de mantener una única red. Por lo tanto, la posición de dominio de Hidrocantábrico 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.

Geográficamente, las redes de Hidrocantábrico Distribución se extienden mayoritariamente por el Principado de Asturias con una presencia reducida en algunos municipios de Madrid, Valencia y Alicante.”

HIDROCANTABRICO nada alega contra esta realidad, pero sí contra el hecho argumentado por la DI de que el mercado de la distribución y el mercado de suministro son mercados conexos. La DI argumenta que: “el mercado de distribución de electricidad se encuentra estrechamente relacionado con los mercados de suministro de electricidad. En primer lugar, la actividad de distribución es el medio imprescindible para que se lleve a cabo efectivamente el suministro de energía eléctrica a los consumidores finales, por lo que puede afirmarse que los mercados de suministro son mercados “descendentes” respecto a los de distribución.

En segundo lugar, las empresas distribuidoras tienen hasta la fecha como segundo pilar de su actividad el suministro a tarifa a consumidores finales, por lo que participarían directamente en los mercados de suministro de electricidad. De hecho, el suministro a tarifa supuso el 75,3 % de la energía total suministrada en 2006 (folio 727). En el caso de Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A.U., el 86 % de la energía suministrada a través de sus redes fue en régimen de tarifa.

Asimismo, sin perjuicio de la separación legal y funcional establecida por la LSE las principales distribuidoras se encuentran verticalmente integradas con empresas de generación y comercialización. De esta forma, Hidrocantábrico Energía, SA., perteneciente al mismo grupo de Hidrocantábrico Distribución, desarrolla actividades de comercialización en los mercados de suministro de energía eléctrica.

Así, la DI considera que: “se trata de una conducta abusiva de carácter exclusionario que se produce en unos mercados, las redes de distribución de energía eléctrica de Hidrocantábrico Distribución, donde la empresa denunciada tiene una clara posición de dominio, pero cuyos efectos se desarrollan en los mercados conexos de suministro de energía eléctrica para pequeños y grandes



consumidores.” Frente a esta valoración, la denunciada alega que los dos mercados son, como consecuencia de la propia regulación, “mercados distintos e inconexos”, y que la doctrina de los mercados conexos no sería de aplicación al no cumplirse uno de sus presupuestos básicos, cual es que “la extensión del poder de mercado de uno a otro sea factible y susceptible de obstaculizar la competencia de forma efectiva”. Dicha alegación fue ya presentada ante la DI en respuesta al PCH, y la DI la contestó diciendo que: “En cuanto a la aplicación de la doctrina de los “mercados conexos”, esta Dirección considera que se cumplen los requisitos que Hidrocantábrico Distribución recoge en su alegación. En primer lugar, existe una posición de dominio, que la propia denunciada reconoce. En segundo lugar, habría empleado dicha posición para establecer unos requisitos de acceso al SIPS no amparados por la normativa vigente con el efecto de cierre parcial del mercado de suministro de energía. En tercer lugar, como se ha señalado anteriormente ha obtenido un beneficio de ello que se ha traducido en la obtención de unas determinadas cuotas de mercado en el suministro de energía, produciendo un daño efectivo derivado de la ausencia de competencia por la exclusión de potenciales competidores, especialmente las comercializadoras independientes”

En materia de mercados conexos el Consejo de la CNC resumía en su RCNC, R713/07 SPECIAL PRICES/BINTER CANARIAS, los requisitos que la jurisprudencia había establecido en orden a reconocer la posibilidad de que “un abuso producido en el mercado dominado dejase sentir sus efectos en otro mercado (Tetra Pack Internacional contra Comisión CE, Asunto C-333/94). En particular “el abuso en mercados conexos se produce cuando una empresa con posición de dominio en un mercado desarrolla una conducta que le permite extender su posición a otro mercado o reforzar la que tiene. Para que esto suceda deben concurrir ciertos requisitos: A) la empresa en cuestión debe tener posición de dominio sobre un bien para el que no hay sustitutivos efectivos; B) La conexión entre ambos mercados debe ser estrecha, de tal forma que desde el mercado dominado se pueda realmente afectar a la competencia en el mercado conexo, y C) Debe ser factible que la empresa dominante extienda su poder al mercado conexo o se refuerce en el que ya está presente, de tal forma que la competencia se debilite”.

El Consejo recientemente en el expediente 638/08 DISTRIBUIDORAS, en un contexto de negativa de acceso en mercados equivalentes en el suministro de gas natural se expresaba en su FD Sexto como sigue:

“En el caso que nos ocupa nos encontramos con un mercado conexo al del acceso a las redes de distribución de 4 a 16 bar, el del suministro final de gas natural a los consumidores finales. Este suministro final lo realizan las distribuidoras si se trata de un consumidor a tarifa regulada o las comercializadoras si el cliente se suministra a tarifa libre. En la estructura empresarial de este sector cada grupo energético tiene tanto empresas distribuidoras como empresas comercializadoras, estando pues presentes en ambos mercados. Como se dice en el párrafo anterior,



para el suministro final, ya sea a tarifa regulada o libre, se precisa del acceso a la infraestructura, por lo que se trata de mercados conexos. Las conductas que se practican en el mercado de acceso tienen su efecto en el mercado de suministro al consumidor final. Si un distribuidor no puede conectar su red a la red de 4 a 16 bar, no podrá ni suministrar directamente a los consumidores a tarifa regulada, ni dar acceso a los comercializadores para que suministren a los consumidores finales en el mercado libre. El mercado final del suministro a clientes es pues un mercado conexo al mercado de acceso a las redes de 4 a 16 bar.”.

Por todo lo considerado hasta el momento, el Consejo entiende que concurren en este caso los requisitos de la doctrina para valorar la existencia de abuso en mercados conexos. En primer lugar, HDCE tiene posición de dominio en el mercado de distribución, y sobre su condición de distribuidor monopolista en sus respectivas zonas ha tenido que elaborar el SIPS, estando pues esta base de datos bajo su exclusiva dependencia. Esta herramienta, el SIPS no tiene sustitutos efectivos, pues es el único instrumento que reúne un volumen de información comercial que la CNE valora como esencial para que las comercializadoras puedan elaborar ofertas personalizadas por cliente, generales por zonas, generales por tipo de cliente, etc. En segundo lugar, si HDCE es el único que tiene en su poder el SIPS y éste es una herramienta esencial para competir en el mercado “aguas abajo” del suministro, el cómo actúe con respecto al SIPS afectará a las condiciones de competencia, de tal forma que si todas las comercializadoras tienen la misma información, el cliente final podrá llegar a tener tantas ofertas distintas como comercializadores estén en el mercado. Por el contrario, si nadie tiene acceso al SIPS, pocas posibilidades, o ninguna, tendrá el cliente final de que algún comercializador le llegue a presentar una oferta alternativa a la que obtiene de su distribuidor habitual. Y si la distribuidora hace un uso discriminado de acceso al SIPS, entonces las comercializadoras afectadas por la negativa serán excluidas de poder ofertar en el mercado del suministro final, al menos en lo que a los clientes de esa distribuidora se refiere. Ello resulta en una distorsión de la competencia relevante, por cuanto tiende a compartimentar el mercado nacional de suministro. Si a ello se suma que, tal y como ha dictaminado este Consejo en sus resoluciones en los expedientes 641/08, 642/08, 643/08 y 644/08, el resto de distribuidoras siguen al misma práctica, el resultado es que no sólo se impide la entrada en el mercado de nuevos comercializadores independientes, sino también de los comercializadores ligados al resto de empresas de distribución, manteniéndose segmentado el mercado nacional del suministro según las zonas en las que las distribuidoras mantienen sus monopolios. Por lo tanto resulta evidente la conexión entre ambos mercados, de tal forma que las actuaciones en el mercado en el que existe posición de dominio afectarían al mercado conexo en este caso. Y en tercer y último lugar es igualmente evidente que puesto que HDCE está operando en ambos mercados, distribución y suministro final, esta actuación refuerza su posición en el mercado conexo, puesto que cuantas menos ofertas comerciales reciban los consumidores, mayor número de consumidores permanecerían en el



mercado de suministro a tarifa y mayor cuota de ese mercado mantendría el grupo HIDROCANTÁBRICO.

En conclusión, el Consejo considera que el mercado de suministro de energía eléctrica es un mercado conexo al mercado de distribución en el que las conductas realizadas sobre el mercado de distribución pueden tener efectos anticompetitivos en el mercado de suministro de energía eléctrica.

SEXTO.- El expediente que aquí se resuelve es el último de un total de cinco que tratan la misma conducta denunciada por un mismo denunciante, CENTRICA, contra cada una de las cinco distribuidoras de energía eléctrica que operan en el mercado español. Por ello, considera el Consejo oportuno reproducir en la presente resolución los lugares comunes que existen en estas resoluciones, como ya ha hecho en su anterior FD Cuarto sobre mercado relevante, y como se hace también a continuación, reproduciendo las consideraciones sobre el contexto en el que se debe analizar la conducta, así en el FD Noveno de la RCNC 641/08 el Consejo expresa lo siguiente:

“NOVENO.-Como bien exponen las Orientaciones de la Comisión Europea en materia de aplicación del artículo 82, al aplicar la norma y los principios generales de la doctrina en un caso de abuso deben tenerse en cuenta los hechos y circunstancias específicos del asunto. En particular, en los asuntos relativos a mercados regulados, la valoración debe tener en cuenta el correspondiente marco regulador específico. Por ello y con carácter preliminar resulta inexcusable realizar una serie de consideraciones.

Como queda de manifiesto en los Hechos Probados (2-10) [en el presente expediente es el HA2], a lo largo de los últimos diez años el regulador nacional, en total consonancia con el marco comunitario, ha sentado las bases jurídicas para liberalizar los mercados de la electricidad y, en particular, el del suministro eléctrico. Para ello, ha previsto a través de diversos hitos la transición desde un mercado totalmente monopolístico a un sistema abierto a la competencia en lo que se refiere a la comercialización de energía eléctrica, cuya culminación será una total separación de funciones entre el distribuidor y los comercializadores, donde éstos estén en condiciones de realizar ofertas a los clientes y dichos clientes a su vez en situación de poder elegir libremente comercializador.

Sin perjuicio de ello, nos encontramos con operadores verticalmente integrados (distribución y comercialización a tarifa y a precio libre a través de otra empresa del grupo) frente a otros que no lo están (sólo comercializan). Precisamente por ello, el marco normativo –tanto el nacional como el comunitario- prevé una serie de cautelas que tratan de asegurar la separación de funciones en el caso de los operadores verticalmente integrados y el trato no discriminatorio entre comercializadores por parte de los distribuidores. El distribuidor, como titular de un derecho exclusivo que le confiere esa posición



dominante, viene sujeto a una serie de obligaciones que tratan de evitar que la competencia en la comercialización se vea distorsionada, ya sea por su actuación como operador a tarifa o porque pueda favorecer los intereses del grupo al que pertenece. Entre dichas obligaciones se encuentra la de suministro de información a los comercializadores en condiciones de absoluta neutralidad. En el marco normativo español esta obligación de suministro de información se plasma en la necesidad de crear y mantener actualizado el SIPS y dar acceso al mismo, siempre respetando el principio de no discriminación.

Desde una perspectiva de respeto absoluto a la separación de funciones, esta obligación de suministro no debe afectar a los incentivos del distribuidor, puesto que bajo el marco normativo previsto su función no es la de competir por los clientes, sino la de vehicular energía por la red y asegurar que el suministro llega en condiciones óptimas, por lo cual recibe una remuneración, independientemente de quién sea el comercializador, como reconoce la propia ENDESA DISTRIBUCIÓN en sus alegaciones.

No obstante, tal y como refleja la Comisión Europea en su Informe sobre la Investigación del Sector Energético (SEC (2006)1724 de 10 de enero de 2007):

“474. El acceso efectivo a las redes existentes se considera indispensable para el desarrollo de la competencia. Ello se debe al hecho de que la red generalmente constituye un monopolio natural que no resulta viable económicamente replicar. Los competidores necesitan un acceso efectivo a la red existente”.

475. Una compañía active en la generación o en el suministro eléctrico que al mismo tiempo posee los activos de la red de transporte o distribución tiene un incentivo a usar su posición de monopolio como propietario de la red para prevenir o limitar la competencia en otras áreas de la cadena de valor. Esto puede suceder de muchas maneras: elevando los costes de los competidores, mediante estrechamientos de márgenes, negando información esencial a los competidores y proporcionándosela sólo a las empresas de su grupo. Todas estas prácticas distorsionan la igualdad de condiciones y llevan a que la entrada en el mercado sea más difícil.”

SÉPTIMO.- Para seguir analizando el carácter abusivo de la conducta es preciso resolver la existencia o ausencia de justificación objetiva de la misma, puesto que si se prueba la existencia de dicha justificación, la conducta no debería ser valorada como abusiva.

La conducta en que HIDROCANTABRICO ha puesto condiciones a los comercializadores para acceder al SIPS es un hecho acreditado por la propia



distribuidora. Hidrocantábrico Distribución Eléctrica, S.A. dispone de una página web (folio 766) que permite a las comercializadoras acceder al SIPS, pero para obtener la información buscada las empresas comercializadoras deben aportar el Código Único de Punto de Suministro (CUPS) y el Número de Contrato. Es decir, se trata de un acceso que accede a la información cliente a cliente, y requiere tener como información previa, adquirida autónomamente, dos datos básicos del propio cliente, datos que están contenidos en la base de datos a la que se pretende acceder. La incongruencia de este proceder es evidente, pues resulta que el CUPS es exactamente uno de los datos a los que los comercializadores tienen derecho a acceder, según la letra a) del artículo 7.1. del RD 1435/2002. En resumen se le pide que aporte una información que es precisamente la que está solicitando del distribuidor, amparada por la legislación vigente.

El 9 de octubre de 2006, (HA 4.2) Centrica solicitó *“...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”* a Hidrocantábrico. Esta respondió una carta en la que se remitía al sistema de acceso descrito anteriormente, y añadía que de esta forma consideraba cumplimentadas las obligaciones establecidas al respecto en los Reales Decretos 1435/2002 y 1454/2005.

Es decir, Hidrocantábrico tenía implementado el sistema de acceso al SIPS de forma que éste debía hacerse cliente a cliente, lo que obviamente implica una negativa a facilitar la modalidad de acceso masivo que solicita Centrica.

El 2 de enero de 2008 CENTRICA se dirige de nuevo a HIDROCANTABRICO solicitando el acceso, esta vez basándose en la última norma promulgada al efecto, la Orden ITC/3860/2007 de 28 de diciembre. En esta ocasión HC justificó su negativa de acceso en el hecho de que la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) había procedido a la impugnación jurisdiccional de la Orden ITC/3860/2007 ante la Audiencia Nacional y había solicitado como medida cautelar la suspensión de su aplicación. Por lo que se le informaba a CENTRICA de que la solicitud queda condicionada a lo que finalmente decida el citado órgano judicial.

No existe por tanto duda en cuanto a que HIDROCANTABRICO no ha concedido el acceso masivo e incondicional al SIPS que contenía los datos de los consumidores conectados a sus redes, ni tampoco HIDROCANTABRICO ha pretendido negarlo. Lo que alega HIDROCANTABRICO es que el sistema que tenía implementado para que terceros accediesen a la información contenida en el mismo era, según su interpretación de la normativa, el único posible que conciliaba el respecto a la normativa vigente en materia de protección de datos con el derecho de los comercializadores de acceder a información sobre perfiles de consumo de los consumidores para poder elaborar sus ofertas comerciales. Pretende que sin el permiso del consumidor, el acceso a sus datos por parte del comercializador incumpliría la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), y que si el comercializador aportaba el CUPS y el



número de contrato es porque el propio consumidor se lo habría facilitado, lo que equivaldría a una autorización tácita del consumidor. Pretende también que esta interpretación suya era la que se derivaba de las recomendaciones que la CNE habría establecido en el documento denominado Flujograma de Procesos. Y por último, argumenta que es la Orden Ministerial ITC/386/2007 la que impuso el acceso masivo e incondicional a las bases de datos de puntos de suministros de las distribuidoras. En su opinión “si lo hizo a través de esta norma, fue precisamente porque la normativa anterior, no establecía dicho acceso y fue necesaria una nueva norma que cambiara la regulación anterior”.

Expuestos estos tres argumentos por parte de HIDROCANTABRICO, le corresponde ahora al Consejo valorar la validez de éstos y declarar su acuerdo o desacuerdo con los mismos. Ahora bien, este Consejo ya ha valorado esos mismos argumentos en los expedientes resueltos previamente con respecto a esta conducta, pues recordemos que esta es la quinta de estas resoluciones que mantiene lugares comunes con aquellas. Así, reproducimos aquí la mayor parte del Fundamento de Derecho Décimo de la RCNC 641/08 ENDESA/CENTRICA, puesto que da respuesta a todos y cada uno de los argumentos aportados por HIDROCANTABRICO y que al haber sido también argumentados por ENDESA, el Consejo ya ha valorado y concluido. En primer lugar, respecto a la pretensión de que el acceso masivo e incondicional es incompatible con la LOPD, en la cita resolución el Consejo se expresó diciendo que:

“este Consejo no tiene más que remitirse a la opinión jurídica, de la AEPD, en la que no aprecia obstáculo legal para el acceso masivo e incondicionado vista la excepción a la necesidad de consentimiento por el interesado prevista por el artículo 11.2.a. de la LOPD y dado que el derecho de oposición del cliente queda garantizado siempre que se contemple la posibilidad de que los consumidores manifiesten por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean difundidos, tal y como prevé el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, en su redacción dada por el Real Decreto 1454/2005, según manifiesta explícitamente el dictamen jurídico de la AEPD. En particular dice la AEPD:

“El artículo 41.1. m) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en la redacción dada al mismo por la Ley 17/2007 (...) dispone que los distribuidores estarán obligados a mantener actualizada su base de datos de puntos de suministro y a facilitar a la Oficina de Cambios de Suministrador la información que se determine reglamentariamente.

Asimismo el artículo 45.2 d) de la citada Ley 54/1997 (...), objeto igualmente de reforma por la Ley 17/2007 reconoce el derecho de las empresas comercializadoras a “obtener la información relativa a cambios de suministrador de la Oficina de Cambios de Suministrador y los datos de los consumidores que reglamentariamente se determine”.



Por otra parte, el Real Decreto-Ley, de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública incorporó como infracción grave, recogida en el artículo 61.16 de la Ley 54/1997, el “incumplimiento, o 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 al recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y comercializadores de energía.”

Y añade literalmente la AEPD:

“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.”

Y más adelante lo argumenta:

“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.

HIDROCANTABRICO, al igual que ENDESA, ha pretendido que la aportación del CUPS como condición para el acceso podía interpretarse como una autorización del consumidor, a lo que el Consejo respondió razonando que: “Con carácter adicional, ENDESA DISTRIBUCIÓN incurre en contradicción porque sí acepta el acceso a los datos previa aportación del CUPS y del número de contrato, sin necesidad de que medie consentimiento expreso del cliente ante el distribuidor, lo que también supondría una cesión de datos ilegal. El argumento de que la aportación de tales datos supone el consentimiento implícito del cliente, que los habría dado a la comercializadora, no resulta aceptable. Por un lado, porque no puede considerarse en ningún caso jurídicamente equivalente a un consentimiento



expreso. Por otro, porque pone de manifiesto que la interpretación que ENDESA DISTRIBUCIÓN realiza del acceso ignora el objetivo de la norma reducir las barreras de entrada a las comercializadoras reduciendo sus costes de comercialización.”

Y el Consejo continuaba su razonamiento diciendo que: “Aun admitiendo, que no es el caso en opinión de este Consejo, que existiera una duda razonable sobre si el Real Decreto 1435/2002, antes o después de su modificación por el Real Decreto 1454/2005, incumplía la normativa de protección de datos, no se comprende por qué la empresa no se ha dirigido a la AEPD desde un primer momento para aclararla”.

Por otra parte, conviene recordar que tampoco HIDROCANTABRICO (como ENDESA), ha facilitado el acceso telemático que el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 contemplaba en la redacción dada por el Real Decreto 1454/2005.

El Consejo concluía en la citada RCNC 641/09 que “En definitiva, ninguno de los argumentos que ofrece ENDESA DISTRIBUCIÓN en apoyo de la interpretación que ha realizado del marco normativo para condicionar el acceso al SIPS resulta asumible. En cambio, su interpretación de la norma contradice el espíritu y los principios fundamentales de la LSE y de su normativa de desarrollo. También las sucesivas modificaciones que trataban de hacer el Real Decreto 1435/2002 más efectivo, ante la interpretación insistentemente restrictiva de los distribuidores, en particular de ENDESA DISTRIBUCIÓN. No ha habido una justificación objetiva a la obstaculización del acceso a la información, sino una insistencia recurrente por interpretar la norma de una manera poco acorde con el espíritu liberalizador del nuevo marco normativo. El bien público que pretende salvaguardar la LSE y su normativa de desarrollo con el acceso al SIPS es precisamente, la competencia. El fin de la normativa es facilitar la libre elección de comercializador por el consumidor y la libre competencia en el mercado del suministro. Para ello, el legislador ha considerado necesario que los comercializadores accedan a la información de forma gratuita y sin trabas. El condicionamiento del acceso a la información que realiza ENDESA DISTRIBUCIÓN no se ampara en norma alguna y su interpretación resulta abusiva por cuanto contraviene el objeto que el marco normativo sectorial persigue. Obviamente la validez de estos razonamientos permanece inalterada en el presente caso, sin más que sustituir ENDESA por HIDROCANTABRICO.

Respecto a la pretensión de que la conducta vendría derivada de las recomendaciones de la CNE, seguimos reproduciendo aquí las conclusiones alcanzadas previamente por el Consejo en la RCNC ya citada: “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. El acceso a la información ha actuado en la práctica como una barrera al cambio de comercializador y la normativa ha pretendido poner remedio a este problema



mediante el acceso al SIPS. De hecho, la modificación del artículo 7 del RD 1435/2002 pretende facilitar precisamente el acceso a la información para que los comercializadores puedan realizar políticas de marketing más efectivas. Precisamente por ello el legislador estableció que el acceso al SIPS fuera gratuito y a todos los puntos de suministro.

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. En su respuesta de 27/7/2007 a la Dirección de Investigación (folio 1062) la CNE manifiesta: “El SIPS tiene dos funciones de recopilación de información: los datos básicos de identificación y caracterización del punto de suministro y el contrato regulado, que pueden facilitar el proceso de cambio de suministrador y los datos referentes a parámetros y pautas de consumo de los clientes, que pueden mejorar el proceso de elaboración de ofertas competitivas. (...)”

Así, el acceso de los comercializadores a la información contenida en el SIPS mejora el funcionamiento del mercado en un doble sentido. Por una parte, evita demoras en los procesos de cambio de suministrador al evitarse errores en las comunicaciones entre agentes ya que ambos, comercializador y distribuidor, disponen de la misma información y se reducen los costes en los procesos al evitar rechazos y reformulación de solicitudes. Por otra parte, el conocimiento de los parámetros y pautas de consumo de los clientes permite a los comercializadores poder adaptar las ofertas a sus características y/o necesidades, lo que puede contribuir a su competitividad y beneficia tanto a estos consumidores que se benefician de mejores ofertas, como al mercado en su conjunto, ya que las ofertas de compra de energía, ya que las ofertas de compra de energía son más ajustadas al consumo real, lo que mejora la formación de precios y reduce los costes y riesgos de ajuste de programa y equilibrio oferta-demanda.

En resumen, 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.”

Como se desprende de lo expuesto por la CNE, es importante distinguir entre información para elaborar campañas de marketing e información para solicitar el contrato de acceso ligado al cambio de suministrador de un cliente. En este sentido, “los procedimientos aprobados por la CNE” a los que alude repetidamente ENDESA DISTRIBUCIÓN (documento Flujograma de procesos) están concebidos para los procesos necesarios para el cambio de un cliente concreto del mercado libre al mercado liberalizado o de una comercializadora a otra, procesos que se



basan en la base de datos SIPS y a la vez la alimentan. Estos procesos de cambio de cliente sí se dan una vez que existe el apoderamiento al que hace referencia. Llegados a este punto el comercializador ya debe haber celebrado con el consumidor un contrato de suministro y tener la autorización del cliente para tramitar el cambio. Luego el acceso a la información del cliente ya debe haber tenido lugar y se piden datos (CUPS y/u otros) a efectos de facilitar la identificación del cliente y tramitar la solicitud de modificación de contrato minimizando errores, tal como propone la CNE en su flujograma. Pero de ello no se puede deducir, como pretende ENDESA DISTRIBUCIÓN, que este sea el único modo y finalidad del acceso a dicha base de datos SIPS. De hecho, la CNE reconoce la ausencia de restricción legal para que el acceso se produzca y considera que el vacío normativo sobre el funcionamiento práctico del SIPS no debería haber impedido el intercambio de información entre el distribuidor y el comercializador prevista en el Real Decreto 1435/2002. (folio 1062):

“Respecto al funcionamiento práctico del SIPS, hay que indicar que el Real Decreto 1435/2002 no ha sido desarrollado hasta la fecha, por lo que no existe mayor precisión sobre la forma de intercambio de información entre distribuidor y comercializador prevista en el citado Real Decreto. Estos procedimientos deberán desarrollarse necesariamente en un contexto de equilibrio entre la conveniencia de facilitar información a los comercializadores sobre parámetros y pautas de consumo, facilitando la eficiencia en el proceso de oferta y por tanto incrementando la competencia en el servicio, y la preservación del derecho del cliente a mantener la confidencialidad de su información, de acuerdo con la Ley de protección de datos.”

La propia CNE expresa que la normativa pretende que los comercializadores tengan acceso a todos los datos del registro. El CUPS es uno de estos datos luego no debe exigirse como pre-requisito para acceder a la información. En todo caso, no se puede admitir que la CNE haya reglamentado mediante un documento de trabajo el condicionamiento del acceso.

Con respecto al tercero de los argumentos, también común en las alegaciones de ENDESA e HIDROCANTABRICO, el Consejo resumió sus conclusiones de la forma siguiente: “Con respecto a la Orden ITC 3860/2007, no puede interpretarse, como pretende ENDESA DISTRIBUCIÓN, que el acceso al SIPS debiera ser condicionado y puntual antes de dicha Orden y que a partir de la misma pase a ser masivo e incondicional. Primero, porque tal y como aclara el preámbulo de la Orden Ministerial, su propósito es desarrollar la normativa ya existente en cuanto a las condiciones de mantenimiento y acceso al SIPS, no modificar la misma. Segundo, porque la propia CNE, en su descripción de la evolución del marco normativo que aporta en su respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación, no interpreta que el acceso fuera condicionado antes de dicha Orden Ministerial. Tercero, porque aunque efectivamente se hubieran pretendido modificar las condiciones de acceso al SIPS, difícilmente pueden alterarse mediante Orden



Ministerial lo establecido por Real Decreto. Cuarto, tampoco puede deducirse, como hace ENDESA DISTRIBUCIÓN, que a la vista del plazo transitorio que da la Orden Ministerial para dar acceso al SIPS, debe entenderse que antes no cabía darlo. Este plazo se refiere a una obligación muy concreta: adaptar los contenidos de las bases de datos de puntos de suministro a los estándares que marca el anexo VII de la citada Orden. Ello no excusa del cumplimiento del deber de dar acceso al SIPS ni de la obligación de remitir en el plazo de 15 días en soporte físico los datos a aquellos comercializadores que lo soliciten.

Todo ello resulta, además, contradictorio con los argumentos esgrimidos por la propia ENDESA DISTRIBUCIÓN. Si tal y como argumenta esta empresa el acceso masivo e incondicional al SIPS vulneraba la LOPD, difícilmente podría entenderse el mismo solventado mediante una mera Orden Ministerial, máxime cuando el Real Decreto 1435/2002 en la redacción dada por el Real Decreto 1454/2005 ya contemplaba aspectos tales como el derecho de oposición por parte de los clientes o la obligación de acceso telemático”.

Por último, alega HCDE que su comportamiento en este mercado es idéntico al que ha seguido y sigue en el mercado eléctrico portugués y en el mercado de gas natural en España. No se trata en este expediente de valorar lo adecuado del comportamiento de HCDE, o de otras filiales de su grupo empresarial, en mercados que no son objeto de este expediente, sino de valorar su conducta en el contexto delimitado por las características propias, tanto en regulación como en estructura de los mercados de distribución y suministro de energía eléctrica en España, y por lo tanto el comportamiento de HCDE en el mercado de suministro de otros mercados de producto u otros mercados geográficos ajenos a este expediente no pueden justificar, en ningún caso, el comportamiento seguido en este expediente. Cada conducta debe ser valorada en el marco concreto en el que se realiza, atendiendo a los mercados afectados, posición de las empresas en el mercado, modelo legalmente establecido y efectos en el mercado.

Por todo lo expuesto este Consejo considera que la conducta aquí analizada no encuentra justificación objetiva alguna en ninguno de los argumentos alegados.

OCTAVO.- En el contexto anteriormente descrito y valorada la ausencia de justificación objetiva, procede ahora concluir sobre el carácter abusivo de la conducta, analizando los efectos que la misma tiene sobre el mercado. Al igual que ha sucedido en varios de los anteriores fundamentos de derecho, el Consejo reitera aquí las conclusiones alcanzadas en valoraciones anteriores sobre exactamente el mismo tipo infractor, en el mismo mercado, en el mismo momento temporal y con el mismo operador afectado. Por ello, no cabe sino reproducir aquí dichas conclusiones, ya expresadas en la primera de las resoluciones mencionadas, la RCNC 641/08, entendiendo que las referencias hechas a ENDESA DISTRIBUCION deben ser entendidas al aplicarlas a la presente, como realizadas a HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION. El Fundamento de Derecho Decimotercero dice:



DECIMOTERCERO.-“En opinión del Consejo, en el presente caso se dan los elementos para calificar la conducta de ENDESA DISTRIBUCIÓN como de abusiva. Esta empresa ha decidido libremente denegar el acceso en condiciones efectivas a una información que la propia normativa considera objetivamente necesaria para competir en el mercado descendente. Dicha conducta tiene aptitud para eliminar la competencia efectiva en ese mercado descendente, causando un perjuicio para los consumidores, sin que exista una justificación objetiva para la misma basada en motivos comerciales o de otro tipo.

Desde su posición de dominio en la distribución, ENDESA DISTRIBUCIÓN ha obstaculizado el acceso a una información que el marco normativo y la propia CNE en su interpretación del mismo consideran esenciales para los comercializadores. También lo considera así la Comisión Europea, que en el párrafo 26 de su Comunicación sobre la Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad ({SEC(2006) 1724} / COM/2006/0851 final *) dice:*

“Para garantizar unas condiciones de competencia equitativas, es necesario que todos los participantes en el mercado dispongan de la información en igualdad de condiciones y a tiempo. Actualmente existe un desequilibrio informativo entre los operadores tradicionales integrados verticalmente y sus competidores”

Como se ha dicho en el Fundamento de Derecho Noveno, para que se produzca el desarrollo de la competencia en estos mercados se considera indispensable el acceso efectivo a las redes. Precisamente para que dicho acceso a la red sea efectivo no basta con que se garantice la mera conexión física. Es necesario que se den otro tipo de condiciones que aseguren que el acceso a las redes es económicamente viable. En este sentido, la información sobre los puntos de suministro y sobre los clientes debe considerarse un activo asociado al acceso a la red para que el mismo resulte efectivo de cara al objetivo último que se persigue, que es favorecer la competencia y el bienestar del consumidor.

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.

No se trata aquí, como pretende ENDESA DISTRIBUCIÓN en sus alegaciones, de discernir la bondad de la LSE y del Real Decreto 1435/2002 y sus posteriores modificaciones en materia de acceso a la información de clientes por los distribuidores con respecto a la normativa de otros países, ni de valorar si la base de datos SIPS se ha diseñado de la manera más eficaz posible para favorecer la entrada de nuevos comercializadores y la competencia en el mercado. El marco legal español considera que el acceso a determinados datos sobre los puntos de suministro y los clientes es esencial para favorecer la competencia en el mercado del suministro y, por ello, impone la obligación a los distribuidores de crear bases de datos con dicha información sobre los puntos de suministro y de facilitar el acceso a las mismas con el fin, entre otros, de que los comercializadores las puedan consultar. Con ello se pretende reducir sus costes de comercialización y hacer sus esfuerzos comerciales más efectivos, de manera que se fomente el que los clientes abandonen el suministro regulado que les proporcionan los distribuidores y tengan más opciones de elegir comercializador.

Se trata además, no debemos olvidarlo, de información obtenida por el distribuidor no por su esfuerzo comercial, sino merced a un monopolio legal que le somete a ciertas obligaciones especiales. Entre ellas se incluye muy especialmente la de neutralidad frente a la comercializadora de su mismo grupo, obligación cuyo cumplimiento ha quedado en entredicho.

También HIDROCANTABRICO alega, (expuesto en el FD Tercero), como hace ENDESA, que la importancia del SIPS como herramienta competitiva no es la que pretende CENTRICA, pues lo que realmente habría dificultado el desarrollo de las comercializadoras es el nivel de la tarifa, que al no reflejar los costes del mercado



de generación, ha resultado más ventajosa para el cliente que los precios que podrían ofrecer las comercializadoras.

A este respecto el Consejo se pronunció ya en el mismo Fundamento de Derecho Decimotercero de la RCNC 641/08 diciendo que: *El Consejo no entra a cuestionar los hechos que se describen, pero debe rechazar la valoración jurídica que la denunciada construye sobre los mismos.*

(...)

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 enuncia, 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.

En cuanto a los efectos de la conducta, la doctrina en materia de abuso de posición de dominio considera probado que la práctica tiene efectos si se constata la capacidad de la conducta presuntamente abusiva para generar efectos de exclusión, ya sean efectivos o potenciales, esto es, que tal práctica tenga aptitud para obstaculizar la competencia (STPI T-203/01 Michelin II 2003 Rec II-4071 apartados 239 y 241 y STPI T-219/99 British Airways 2003 Rec. II-5917 293). Por otra parte, cuando el suministro del insumo denegado es objetivamente necesario, la Comisión Europea considera normalmente que la conducta puede generalmente eliminar la competencia efectiva en el mercado descendente, ya sea inmediatamente o a cierto plazo.

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.

(...)

Los consumidores muestran además una fuerte fidelidad a la marca, lo que favorece que ante los mayores obstáculos de los entrantes para realizar ofertas eficaces los clientes domésticos de la red de ENDESA terminen en manos de la distribuidora o de la comercializadora del grupo.

A ello hay que sumar que el resto de grupos eléctricos verticalmente integrados han seguido una estrategia similar (Exptes 642, 643, 644 y 645), con lo que hay un riesgo cierto de compartimentación del mercado nacional y de elevación de las barreras, especialmente para los comercializadores no integrados verticalmente.

En este contexto, las prácticas tienen una mayor capacidad de impedir que la actuación de los competidores tenga éxito y de que redunden en un reforzamiento de la posición del grupo ENDESA sobre su red y en una eliminación de la competencia en el mercado de la comercialización a escala nacional. De esta forma, incluso en ausencia del problema del déficit tarifario, nos encontraríamos en un marco en que las comercializadoras de los grupos incumbentes parten objetivamente de una posición de ventaja en las zonas en que su grupo controla la red de distribución, como es claramente el caso de ENDESA y en el que las barreras de entrada al mercado de pequeños consumidores previenen al competencia efectiva que podrían representar los comercializadores no integrados verticalmente.

NOVENO.- El Consejo coincide con la opinión de la Dirección de Investigación al proponer que se declare la existencia de una infracción no sólo del artículo 6 de la Ley 16/1989, sino también del artículo 82 del TCE. En efecto, en la medida que la conducta de HIDROCANTABRICO DISTRIBUCION es susceptible de dificultar el acceso a nuevas empresas en el mercado español de comercialización minorista de energía eléctrica, se podría afectar al comercio intracomunitario. Ninguna de las partes interesadas en el expediente ha cuestionado la posible afectación del comercio intracomunitario y la procedencia de plantear el presente caso desde la perspectiva del artículo 82 del TCE.

DÉCIMO.- El Consejo ha valorado el contexto de mercado de reciente liberalización en el que se ha desarrollado la conducta denunciada, el espíritu de liberalización que ha presidido todo el desarrollo regulatorio y la intención clara del legislador de poner a disposición de los nuevos entrantes en estos mercados las herramientas necesarias para poder competir con el resto de operadores implantados desde



antiguo en estos mercados. La conducta llevada a cabo por HIDROCANTABRICO, distribuidor monopolista, negando el acceso masivo e indiscriminado a una base de datos de probado valor comercial y a la que sólo ella tenía acceso, altera las condiciones competitivas del mercado, y supone, por tanto una conducta restrictiva de la competencia, sin que el Consejo haya podido encontrar justificación objetiva alguna en ninguno de los argumentos expresados por la denunciada, habiendo sido todos ellos desestimados. Por lo tanto considera este Consejo que la citada conducta ha supuesto un abuso de la posición de dominio detenida por HIDROCANTABRICO en sus respectivos ámbitos geográficos de distribución.

UNDÉCIMO.- El artículo 10 de la Ley 16/1989 establece que el Tribunal de Defensa de la Competencia (ahora Consejo de la CNC) podrá imponer a los agentes económicos que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7 multas de hasta 901.518,16 euros, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución.

De acuerdo con el mismo artículo de la Ley 16/1989, la cuantía de las sanciones debe fijarse atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) La duración de la restricción de la competencia; f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

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 HIDROCANTABRICO contraviene claramente los esfuerzos del legislador. Valiéndose de la posición de dominio que le confiere el monopolio legal que ostenta sobre la red de distribución, ha cometido un abuso que tenía la intencionalidad y la aptitud de obstaculizar la entrada a nuevos competidores para preservar la posición de su grupo empresarial,



dificultando la salida de los clientes al mercado libre, en particular, en detrimento de sus competidores.

Como ya ha manifestado, este Consejo es consciente de que las prácticas analizadas no son el único obstáculo al que los comercializadores han tenido que hacer frente para desarrollar su actividad en el mercado y que otros factores, como el déficit tarifario, han debido afectar a los incentivos de los entrantes a la hora de diseñar sus políticas comerciales y ofertar sus productos. De la información contenida en el expediente, el Consejo también ha valorado que el mercado afectado principalmente por la conducta analizada es el de la comercialización de energía a los clientes de redes de baja tensión y, particularmente, en los clientes domésticos.

En vista de todo ello, de los datos que obran en el expediente y dado el peso del grupo HIDROCANTABRICO en la actividad de suministro a clientes domésticos, este Consejo ha decidido imponer una sanción a HIDROCANTABRICO DISTRIBUCIÓN por una cuantía de 833.000 €. Los ingresos ordinarios publicados en las Cuentas Anuales de 2007 (último año disponible públicamente) ascienden a 2.132 millones de €, por lo que la sanción impuesta no supera el límite máximo del 10% del art. 10.

Vistos los preceptos citados y los de general aplicación, el Consejo

HA RESUELTO

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

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

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

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



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

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y a la COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma agota la vía administrativa y que, por tanto, no cabe recurso en esta vía, siendo sólo susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.