



RESOLUCION

(Expediente 642/08 Centrica/Unión Fenosa)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, 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. M^a. Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 2 de abril de 2009

EL PLENO del Consejo Nacional de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, ha dictado **RESOLUCION** en el expediente Sancionador 642/08 (número 2777/07 de la Dirección de Investigación) iniciado a virtud de denuncia formulada por Centrica Energía SLU contra las siguientes distribuidoras de energía: Electra de Viesgo Distribución SL.; Iberdrola Distribución Eléctrica SAU; Endesa Distribución Eléctrica SLU; Unión Fenosa Distribución SA e Hidrocantábrico Distribución Eléctrica SAU por supuestas conductas contrarias al Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, 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 (SIPSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- ANTE EL SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

PRIMERO.- El día 19 de Marzo del 2007 tuvo su entrada escrito, posteriormente sustituido por otro fechado el día 30 de Abril (Folios 17 a 358) en el que CENTRICA ENERGIA SLU., formula denuncia contra las siguientes distribuidoras de energía: Electra de Viesgo Distribución SL.; Iberdrola Distribución Eléctrica SAU; Endesa Distribución Eléctrica SLU; Unión Fenosa Distribución SA; e Hidrocantábrico Distribución Eléctrica SAU., por supuestas conductas contrarias al Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, 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 (SIPSA).

De acuerdo con la denuncia, las empresas de distribución estarían dificultando la actividad comercializadora de CENTRICA al restringir su capacidad de acceso a los datos contenidos en la *Base de Datos de Puntos de Suministro*, regulada por el 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.

SEGUNDO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, con fecha 25 de Abril del 2007, solicitó información a la Comisión Nacional de la Energía acerca de los hechos denunciados y la situación de los mercados de suministro y distribución de energía eléctrica (Folios 11 a 16).

Con fecha 8 de Octubre del 2007, se incorpora del Expediente 2767/07 escrito de la Comisión Nacional de la Energía (Folios 588 al 628) en el que se cumplimentaba la solicitud de información que les fuera requerida el día 6 de Septiembre del 2007 (Folios 585 y 586) sobre los mercados de suministro de energía eléctrica.

Con fecha 17 de Abril del 2008 se incorpora del Expediente 2767/07 el documento correspondiente a la solicitud de información a la Comisión Nacional de la Energía de 26 de Octubre del 2007 y su contestación mediante correo electrónico de 2 de Noviembre (Folios 922 al 926).

TERCERO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 4 del Artículo 36 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, con fecha 11 de Mayo del 2007, subsanando la Providencia de 3 de Mayo, acuerda admitir a trámite la denuncia e incoar expediente sancionador número 2777/07 por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en los Artículos 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y Artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, declarándose a Centrica Energía SLU., como interesado en el expediente y nombrándose Instructor y Secretario.

Asimismo, se acordaba escindir el Expediente original 2777/07, de manera que *las actuaciones con Unión Fenosa Distribución SA., se entienden bajo el Expediente 2777/07.*

Unión Fenosa Distribución SA., en escrito fechado el día 7 de Junio del 2007 presenta un escrito de alegaciones a la incoación del acuerdo de apertura de un expediente sancionador (Folios 437 al 455), en el que además de solicitar el sobreseimiento, establece las siguientes: (a) la actividad de suministro a tarifa y liberalizado no serían equiparables, al estar la primera fuertemente regulada ; (b) Unión Fenosa Distribución cumpliría estrictamente con la normativa sectorial referente al SIPS y la normativa de protección de datos de carácter personal, no existiendo ningún tipo de discriminación entre



comercializadores independientes o integradas en su grupo. Asimismo, no se habría producido ninguna negativa de acceso a la información contenida en el SIPS.

CUARTO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, con fecha 5 de Julio del 2007, solicita información (Folios 461 al 464) a: (1) Unión Fenosa Distribución SA., acerca de determinados datos societarios, del funcionamiento del SIPS y de su actividad de distribución y suministro a tarifa; y (2) a Unión Fenosa Comercial SA., acerca de determinados datos societarios, del funcionamiento y utilización del SIPS y de su actividad de suministro de energía.

Unión Fenosa Distribución SA., en escrito fechado el día 24 de Julio del 2007, que tuvo su entrada el siguiente día 25 y fue registrado con el número 1850 (Folios 501 y siguientes) da cumplimiento al requerimiento que se le hiciera.

QUINTO.- El Servicio de Defensa de la Competencia, con fecha 21 de Noviembre del 2007, solicitó información a la Agencia Española de protección de Datos (Folio 631) sobre las inscripciones en el Registro de Protección de Datos realizadas por Unión Fenosa Distribución SA.

Con fecha 29 de Enero del 2008 se incorpora escrito de la Agencia Española de Protección de Datos (Folios 660 al 674) en el que daba cumplimiento al requerimiento que se le hiciera sobre la aplicación de la normativa de protección de datos al Sistema de Información de Puntos de Suministro.

SEXTO.- Centrica Energía SLU., en escrito fechado el día 30 de Enero del 2008 (Folios 676 y siguientes) manifiesta que, tras la publicación de la Orden Ministerial ITC/3860/2007 de 28 de Diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de Enero del 2008, Unión Fenosa Distribución SA., sigue negando el acceso no condicionado a los datos del SIPS y que la Asociación Nacional de Empresas Eléctricas (UNESA) ha procedido a recurrir la anulación de dicha Orden Ministerial.

También, en la misma fecha, Centrica Energía SLU (Folios 737 y siguientes) presenta escrito, en versión censurada y confidencial, en el que realiza las siguientes observaciones:

(a) el SIPS es imprescindible para competir de forma eficiente en el mercado de suministro y, además, los datos que contiene no podrían ser replicados a un coste razonable. Asimismo, la única limitación de acceso a los datos del SIPS, de acuerdo con la normativa sectorial, sería la negativa expresa del consumidor a que sus datos sean cedidos.

(b) Unión Fenosa Distribución ostentaría una posición de dominio en sus redes de distribución compitiendo, además, con las comercializadoras en el mercado de suministro.



(c) la conducta de Unión Fenosa Distribución tendría carácter exclusionario y no tendría ninguna justificación objetiva, puesto que los datos del SIPS no serían de carácter personal y Unión Fenosa Distribución no se ha ajustado estrictamente a la normativa sectorial.

II.- ANTE LA COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA.

PRIMERO.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, el día 16 de Mayo del 2008, en Acuerdo de su Plenario adopta: 1) admitirlo a trámite, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 39 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, con el número 642/2008 y nombrar Ponente ; 2) ponerlo de manifiesto a los interesados por plazo de quince días ex Artículo 40.1 de dicha Ley, para que puedan proponer las pruebas que estimen necesarias y la celebración de Vista.

Acuerdo que ha sido notificado a las partes interesadas: Centrica Energía SLU y Unión Fenosa Distribución SA.

SEGUNDO.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este asunto en las sesiones celebradas los días 25 de marzo y 1 de abril de 2009.

TERCERO.- Son interesados en este expediente CENTRICA ENERGIA SLU. y UNIÓN FENOSA DISTRIBUCIÓN SA.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- *La denunciante*, CENTRICA ENERGIA SLU., 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, UNION FENOSA DISTRIBUCION SA., es una sociedad mercantil cuyo objeto social exclusivo es el desarrollo de actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, así como el suministro a tarifa. Esta sociedad se integra en el *Grupo Unión Fenosa*, que consolida sus cuentas dentro del Grupo ACS. El Grupo Unión Fenosa desarrolla distintas líneas de negocio dentro del mercado eléctrico, tales como producción, distribución y comercialización.

SEGUNDO.- 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 primero...sobre los puntos de suministro conectados a sus redes”*.

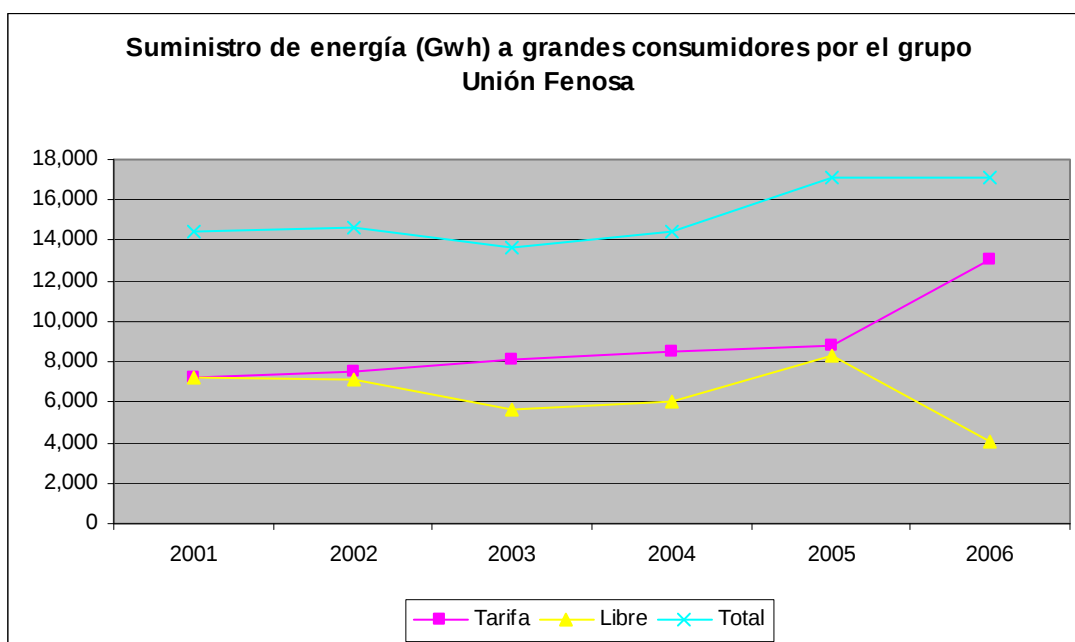
De ahí que *“los distribuidores de más de 10.000 clientes deberán disponer de sistemas de acceso telemáticos a las bases de datos..... antes de transcurridos tres meses*



desde la entrada en vigor del Real Decreto 1454/2005 que modifica el anterior Real Decreto 1435/2002”.

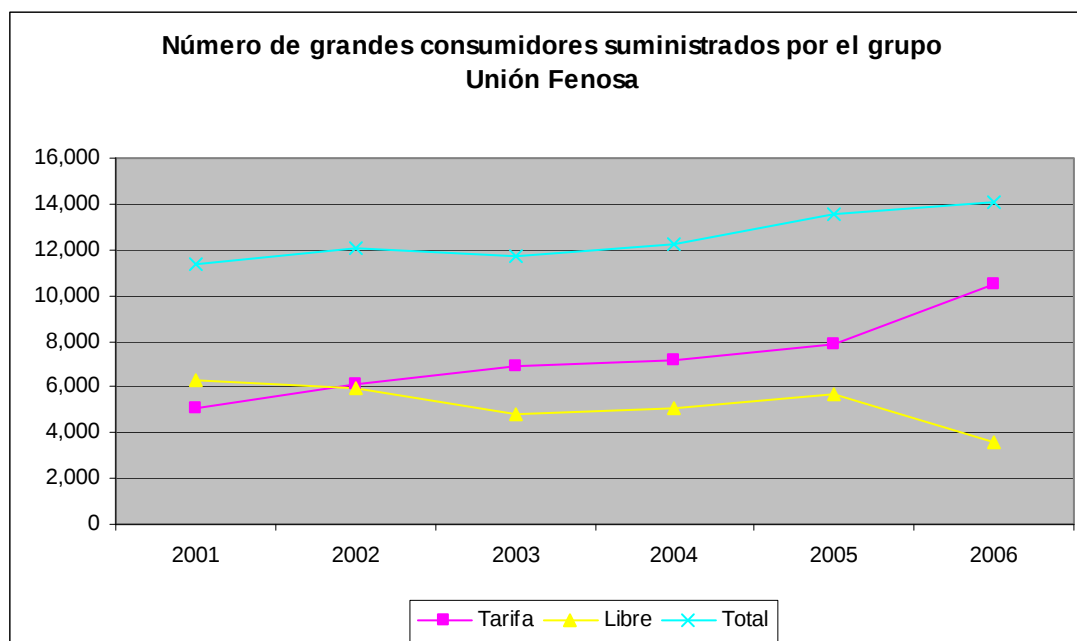
TERCERO.- El Grupo Unión Fenosa suministra energía a sus clientes finales, tanto a través de Unión Fenosa Comercial en el mercado libre; como de Unión Fenosa Distribución en el mercado a tarifa. En el periodo que abarca desde el 2001 al 2006 las cuotas de mercado del Grupo Unión Fenosa han conservado una notable estabilidad, si bien el peso de cada uno de los tipos de suministro ha ido variando en función de la normativa sectorial y de la evolución de las tarifas.

En el periodo de referencia, *según los datos suministrados por la Comisión Nacional de la Energía*, los Gwh suministrados por el Grupo Unión Fenosa en el mercado nacional de grandes consumidores aumentaron de 14.488 en 2001 a 17.097 en 2006. No obstante, la modalidad de suministro sufrió una profunda modificación, ya que el suministro en el mercado libre pasó de representar el 50% en 2001 a tan sólo un 23% en 2006 sobre el conjunto de la energía suministrada por el grupo Unión Fenosa. En ese mismo año 2006, un 3% de la energía total suministrada a grandes consumidores se realizaba a través del mercado libre



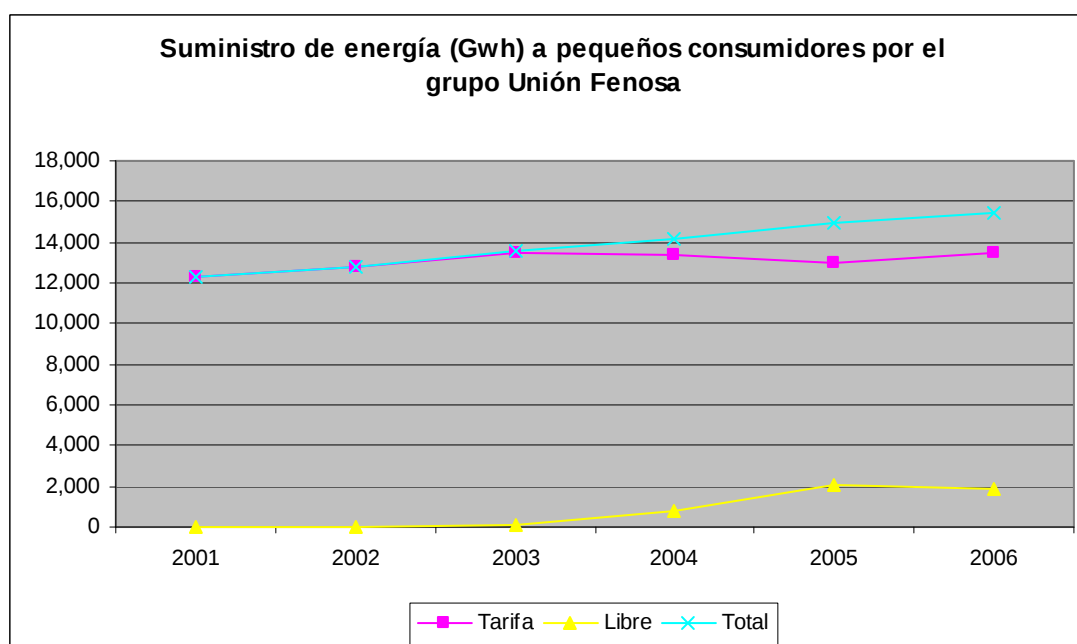
Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la CNE

En términos de número de consumidores, la tendencia es bastante similar, aunque en este caso los clientes suministrados en el mercado libre pasaron de un 55% sobre un total de 11.384 en 2001, a un 26% de 14.072 en 2006. En el conjunto del mercado nacional, los grandes consumidores en el mercado libre representaban el 17% en 2006



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la CNE

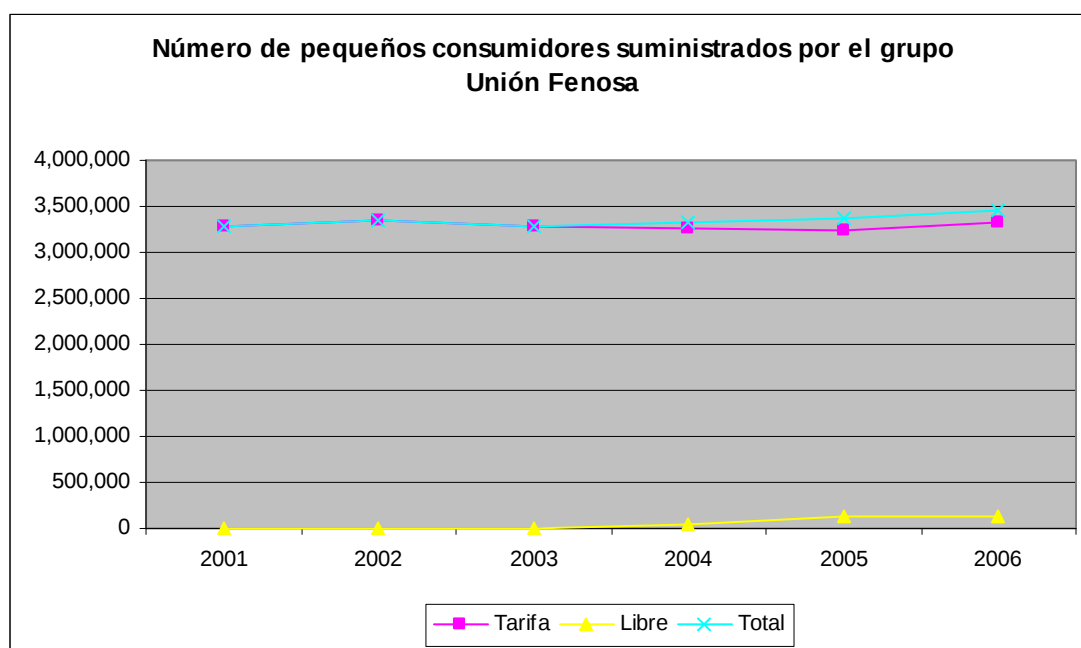
En el mercado de suministro a pequeños consumidores, se aprecia una evolución similar con un crecimiento desde 12.302 Gwh suministrados en 2001 a 15.395 Gwh en 2006. No obstante, la proporción de energía suministrada en el mercado libre alcanzó su máximo en 2005 con un 13% sobre el total, para descender a un 12% en el año siguiente 2006



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la CNE



En términos de consumidores, la evolución es similar, pasando de 3.288,381 clientes en 2001 a 3.450.187 clientes en 2006, con una proporción máxima de pequeños clientes en el mercado libre del 3,8% en 2005



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la CNE

La evolución previamente descrita del suministro en términos de energía ha permitido al Grupo Unión Fenosa mantener su posición en los mercados nacionales de suministro de energía. Como se muestra en el siguiente cuadro, puede apreciarse una ligera tendencia a la baja de la cuota de mercado, tan sólo 6 décimas en el caso de los grandes consumidores y 2 décimas en el mercado de pequeños consumidores.

Cuotas de mercado por energía suministrada del grupo Unión Fenosa

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Grandes consumidores	14,7%	14,4%	12,8%	12,9%	14,6%	14,1%
Pequeños consumidores	13,2%	13,2%	13,1%	12,9%	13,0%	13,0%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la CNE

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 un leve aumento de la misma, mientras que en el mercado de pequeños consumidores la cuota ha disminuido.



Cuotas de mercado por consumidores del grupo Unión Fenosa

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Grandes consumidores	14,2%	14,3%	13,7%	13,7%	14,7%	14,8%
Pequeños consumidores	14,0%	14,1%	13,7%	13,5%	13,3%	13,3%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la CNE

Estas cuotas de mercado se concentran esencialmente en las redes de distribución de Unión Fenosa, ya que el Grupo Unión Fenosa suministraba todavía en 2006 el 87% de la energía de los grandes consumidores conectados a sus redes y el 97% en el caso de pequeños consumidores.

El grado de *fidelización*, en términos de energía de Unión Fenosa Comercial SL., sobre los clientes en el *mercado libre* de la red de Unión Fenosa Distribución SA., se ha mantenido desde el 2004 en el 71% para pequeños consumidores y por encima del 63% para grandes consumidores entre 2001 y 2005, habiéndose reducido sensiblemente en el 2006.

Grado de fidelización por energía suministrada

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Grandes consumidores	89%	82%	63%	64%	64%	49%
Pequeños consumidores	48%	43%	68%	71%	71%	71%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la CNE

Grado de fidelización por número de consumidores

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Grandes consumidores	87%	81%	73%	72%	72%	73%
Pequeños consumidores	50%	50%	44%	42%	45%	49%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la CNE

En el periodo 2003-2006 Unión Fenosa Comercial SL., ha concentrado en 2006 el 80% de la energía suministrada a grandes consumidores y el 91% de la suministrada a pequeños consumidores en la red de Unión Fenosa Distribución SA.



**Concentración de los clientes de Unión Fenosa Comercial, S.L. por energía
suministrada en la red de Unión Fenosa Distribución**

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Grandes consumidores	85%	84%	84%	83%	64%	55%
Pequeños consumidores	86%	100%	84%	83%	68%	68%

Fuente: CNE

**Concentración de los clientes de Unión Fenosa Comercial, S.L. por número de
consumidores en la red de Unión Fenosa Distribución**

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Grandes consumidores	77%	77%	79%	78%	66%	61%
Pequeños consumidores	100%	100%	87%	67%	60%	63%

Fuente: CNE

CUARTO.- Unión Fenosa Distribución SA., dispone de una página web que permite a las comercializadoras cursar solicitudes de contratos ATR, consultar respuestas a solicitudes de acceso y facturas y acceder al SIPS. Mientras que para las dos primeras acciones es necesario un código de usuario y una clave, obtenidas previamente, el acceso al SIPS se realiza sin necesidad de identificación previa o clave del usuario. Posteriormente para obtener los datos es necesario introducir el CIF/NIF del consumidor final y el CUPS.

Unión Fenosa Distribución SA., ha aportado únicamente datos sobre la utilización de su SIPS por parte de las comercializadoras y clientes para el periodo de 4 a 20 de Julio del 2007 (Folio 534), ya que no almacena los registros de acceso a su web. Además, dado que no se solicita previamente ninguna clave o nombre de usuario, sólo identifica IPs que no pueden relacionarse con ninguna comercializadora o cliente en concreto, salvo aquellas consultas provenientes de la propia red de Unión Fenosa. En total, se observan en el periodo 36 accesos, de los cuales 13 (un 36%) corresponden a empresas del grupo Unión Fenosa.

QUINTO.- Unión Fenosa Distribución SA., tiene inscrito en el Registro General de Protección de Datos el fichero denominado “Clientes Uso Comercial 2003” siendo Unión Fenosa Comercial SL., el encargado del tratamiento de los datos y las empresas del grupo Unión Fenosa destinatarias de los datos a efectos de cesión o comunicación de los mismos.

Según el Artículo 39 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), en virtud del cual se crea el Registro General de Protección de Datos (RGPD), serán objeto de inscripción en el mismo los ficheros de titularidad privada. Asimismo, en el artículo 26 del Capítulo II de la LOPD sobre ficheros de titularidad privada, se establece la obligación de notificar la creación de ficheros de datos de



carácter personal a la Agencia de Protección de Datos para su inscripción en el RGPD, debiendo comunicarse igualmente las modificaciones que afecten a dicha inscripción.

De acuerdo con la información aportada por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), dentro de la cual se integra el RGPD, Unión Fenosa Distribución, S.A. inscribió con fecha 26 de febrero de 2003 el fichero denominado “Clientes Uso Comercial, 2003”. Según la inscripción del RGPD, la finalidad de este fichero sería el “Acceso por empresas del grupo, participantes y colaboradoras para el envío de comunicaciones”. Por otra parte, dentro de la tipificación de la finalidad se incluye: “Publicidad y prospección comercial”.

Los datos contenidos en este fichero serían tanto de carácter identificativo como de otro tipo. Dentro de los de carácter identificativos, se incluyen: DNI/NIF, dirección, teléfono, nombre y apellidos, pagador: nombre y dirección, número de cuenta, CD cliente, e-mail y número de suministro. Por otra parte, dentro de la categoría de otro tipo de datos se encuentran: datos de circunstancias sociales; datos económicos, financieros y de seguros y datos de información comercial. Por lo tanto, junto con otros muchos, aparecerían la mayor parte de los datos contenidos en el SIPS.

Asimismo, en el apartado relativo a la cesión o comunicación de datos, aparecen, entre otras, como destinatarios de los mismos las empresas del grupo Unión Fenosa, participantes y colaboradoras, siendo Unión Fenosa Comercial SL, comercializadora de energía eléctrica del grupo al que pertenece Unión Fenosa Distribución, la encargada del tratamiento de los datos.

Además, Unión Fenosa Distribución tiene inscrito en el RGPD otro fichero denominado “Clientes” con datos similares a los anteriores, pero con la finalidad de: “Gestión de clientes (facturación, cobro, reclamaciones) y procesado, tratamiento y optimización de la calidad de la información del fichero”. En este caso, el encargado del tratamiento es Unión Fenosa Multiservicios SL

Por último, cabe señalar que Unión Fenosa Distribución, S.A. no tiene inscrito ningún otro fichero en el RGPD que se refiera exclusivamente al SIPS.

SEXTO.- Unión Fenosa Distribución SA., no ha permitido el acceso completo a los datos del SIPS a Centrica Energía SLU., por cuanto si bien es cierto que se remitía al sistema de acceso *cliente a cliente*, no lo es menos que implícitamente estaría negándose a facilitar la modalidad de acceso masivo que solicita la denunciante, con amparo en los Reales Decretos 1435/2002 y 1454/2005.

Con posterioridad, Unión Fenosa Distribución el día 22 de Enero del 2008 envía a Centrica un FAX en el que le informa que la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) ha procedido a la impugnación jurisdiccional de la Orden ITC/386072007 y ha



solicitado la suspensión cautelarísima y cautelar de su aplicación. Asimismo, indica que la Disposición Adicional Tercera de la citada Orden no entraría en vigor hasta el 1 de Marzo del 2008.

Con fecha 28 de Enero del 2008 Centrica reitera su solicitud de acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro.

Una vez publicada la Orden Ministerial ITC/3860/2007 y *vigente* (retrasada hasta el mes de Mayo del 2008 ex Disposición Adicional Tercera), Unión Fenosa Distribución SL., procedió de manera inmediata a dar cumplimiento a la misma, aportando a los comercializadores que lo solicitaron y también a Céntrica “las bases de datos”, modificando su sistema de acceso a través de la página web “para posibilitar este acceso masivo”, así como su entrega en soporte informático.

SÉPTIMO.- En cumplimiento con la normativa, se ha procedido a informar a la Comisión Europea del Expediente, recibándose el *nihil* al no tener observaciones que hacer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El marco normativo es el siguiente:

1.- Tal y como señala la DI, *“El sector eléctrico español se articula de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 54/1997 de 27 de noviembre, del Sector eléctrico (LSE). El Real Decreto 1955/2000 de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, desarrolla la LSE en lo que referente a las actividades de distribución y comercialización.” (...)*

“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.”

La Ley 54/21997, unida a las distintas normas con rango de Ley adoptadas desde su aprobación, establece como principio fundamental del funcionamiento del mercado de suministro de energía eléctrica el de su total liberalización y la prestación de las diversas actividades conformantes del mismo, dentro del régimen de separación de actividades previsto en el artículo 14, en régimen de libre competencia. Por tanto, el legislador impone como principio básico la libre elección de suministrador por parte de cualquier consumidor, al tener todos ellos la condición de consumidor cualificado.



El cumplimiento de estos principios sólo resultará posible en caso de que las comercializadoras se encuentren en una situación tal que permita efectuar ofertas efectivas y en régimen de igualdad entre todas ellas. Para ello la LSE establece una serie de cautelas:

- En su artículo 41 sobre las obligaciones y derechos de las empresas distribuidoras, en el apartado 1m) establece que estas vendrán obligadas a mantener actualizada su base de datos de puntos de suministro y facilitar a la Oficina de Cambios de Suministrador la información que se determine reglamentariamente.
- El Art. 42 refrenda la obligación esencial de las distribuidoras de garantizar el acceso transparente y no discriminatorio a sus redes de distribución.
- El Artículo 45 reconoce entre los derechos de las empresas comercializadoras en relación al suministro en su apartado 2d) el que podrán 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.

2.- *El Real Decreto-Ley 6/2000 adelantó el calendario de la liberalización a la vez que adopta diferentes medidas para fomentar la competencia en el mercado del suministro. Entre otras, de acuerdo con la Exposición de Motivos, 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.* mercado minorista e impuso a los distribuidores el mantenimiento de un registro actualizado y la remisión de la información sobre suministro a los consumidores que pudiesen ejercer la elegibilidad con la intención de incrementar la transparencia de información y permitir que todos los agentes puedan disponer de la misma.

3.- *El 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 de baja tensión recoge en conjunto una serie de medidas encaminadas a garantizar la efectiva liberalización del suministro eléctrico, ya que a partir del 1 de enero de 2003 todos los consumidores podrían elegir suministrador.*

En su Exposición de Motivos se dice: Una efectiva liberalización del mercado eléctrico “...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 asigne adecuadamente los costes que ocasionan los suministros”

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



En el artículo 7 se estableció la creación del Sistema de Información de Puntos de Suministros (SIPS):

“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*
- o) Fecha de la última lectura*
- p) Disponibilidad de interruptor de Control de Potencia*
- q) Consumo del último año natural (por discriminación horaria y por meses)*
- r) Potencias contratadas en cada período*
- s) Fecha del último movimiento de contratación*
- t) 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 puntos de suministro*
- e) *Tensión de suministro*
- f) *Derechos de extensión reconocidos*
- g) *Derechos de acceso reconocidos.*

4.- Posteriormente el *Real Decreto Ley 5/2005, de Reformas Urgentes para el impulso de la productividad*, dio una vuelta de tuerca a la liberalización del sector y, en particular, al grado de apertura de la redes de distribución. Además incorporó como infracción muy grave recogida en el art. 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.*”

5.- El 25 de febrero de 2005 el Consejo de Ministros aprobó una serie de *mandatos de impulso de la productividad*, dentro de los cuales se 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*”. Ello se plasmó en el *Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre*, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico. Su Artículo 4 da una nueva redacción al Artículo 7 del RD 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 media*
- l) *Disponibilidad de interruptor de Control de Potencia*
- m) *Tipo de perfil de consumo*
- n) *Derechos de extensión reconocidos*
- o) *Derecho de accesos reconocidos*
- p) *Propiedad del equipo de medida*
- q) *Propiedad de interruptor de Control de Potencia*



- r) *Potencias contratadas en cada período*
- s) *Fecha del último movimiento de contratación a efectos tarifarios*
- t) *Fecha del último cambio de comercializador*
- u) *Fecha límite de los derechos reconocidos de extensión*
- v) *Consumo de los dos últimos años naturales (por períodos de discriminación horaria y meses)*
- w) *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”

6.- Mediante 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, introduce 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 el 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.”

“Disposición transitoria segunda. *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.

SEGUNDO.- UNESA (Asociación Española de la Industria Eléctrica), ante la Audiencia Nacional (*Pieza separada de Suspensión 37/2008*) interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra la Orden ITC/3860/2007 de 28 de Diciembre, del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

UNESA solicitaba la adopción de *medida cautelarísima* de suspensión de la ejecución de la resolución recurrida. La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional con fecha 16 de Enero del 2008 dictó AUTO en el que acordaba no haber lugar a acceder a la suspensión cautelarísima y formar pieza separada para sustanciarla por el trámite ordinario ; oír al Abogado del estado y a la codemandada CENTRICA ENERGIA SL., para que alegaren lo que estimaran pertinente a su derecho. Trámite que fue cumplimentado por la Abogacía del Estado.

La Sección Octava, el día 13 de Febrero del 2008, dicta AUTO en el que *ACUERDA la suspensión de la ejecución de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007 respecto a los comercializadores, manteniéndose su ejecutividad respecto de la Oficina de Cambio de Suministrador.*

Acuerdo que tiene su desarrollo argumental en el Razonamiento Jurídico Cuarto en el que establece:

- “la razón para acceder o no a la suspensión de la ejecución del acto impugnado, como señala el Artículo 130 de la Ley Jurisdiccional es *únicamente* cuando la ejecución pudiera hacer perder la finalidad legítima del recurso, previa la valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto.
- “la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Autos 22 Marzo y 13 Julio 2000, entre otros) con reiteración ha destacado que el Artículo 130 de la Ley 29/1998 de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ha elegido como criterio ... para decidir la suspensión cautelar que la ejecución pueda hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y esta exigencia viene a representar lo que tradicionalmente se ha denominado el requisito del *periculum in mora*. Así, la adopción de las medidas cautelares tiene una doble referencia: valoración no sólo de la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Tribunal ponderará de forma circunstanciada.”



- “la no suspensión de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007 supondría la pérdida de la finalidad legítima del recurso, toda vez que las empresas distribuidoras deberían poner a disposición de los comercializadores las bases de datos de puntos de suministro conectados en sus redes y ello dejaría sin efecto la Sentencia si fuese estimatoria, concurriendo, por tanto, el requisito del *periculum in mora*.”

TERCERO.- Con posterioridad, la Sección Octava, el día 12 de Mayo del 2008, dicta AUTO en el que *ACUERDA la estimación del Recurso de Súplica interpuesto contra el Auto de fecha 13 de Febrero de 2008 y, en consecuencia, se deja sin efecto la suspensión de la ejecución de la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, acordada en el citado Auto.*

El Recurso de Súplica fue interpuesto por la Abogacía del estado y las entidades mercantiles CENTRICA ENERGIA SL., y la ASOCIACIÓN DE COMERCIALIZADORES INDEPENDIENTES DE ENERGIA (ACIE).

UNESA se opuso al Recurso de Súplica, entre otros motivos, *cuestionando el Informe de la Agencia de Protección de Datos*, aportado de contrario.

Los Razonamientos Jurídicos de La Sala son:

1) la Abogacía del Estado con fecha 28 de Marzo de 2008 presentó un nuevo escrito al que adjuntaba copia de la *Orden ITC/694/2008* publicada en el BOE de 15 de Marzo de 2008, que introduce un *apartado séptimo* a la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2008, 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*”.

2) pues bien, con posterioridad a la notificación del Auto recurrido se ha producido un hecho de innegable importancia a los efectos del mantenimiento de la medida cautelar acordada. La *Orden 694/2008* incluye un nuevo apartado séptimo en la Disposición Adicional Tercera de la Orden 3860/2008 de idéntico contenido al recogido en el Artículo 7.2 del Real Decreto 1435/2002, en la redacción dada por el Real Decreto 1454/2005.

Así, el argumento recogido en el Fundamento Jurídico Quinto del Auto recurrido ... pierde, en principio, la suficiente intensidad para apreciar la apariencia de buen derecho en el caso examinado. Apariencia de buen derecho que la *propia Administración debió considerar al proceder a la modificación descrita y que exige realizar una nueva ponderación de los intereses en juego.*

CUARTO.- Los parámetros conceptuales del mercado son:



1º La *Comunicación de la Comisión relativa a la definición del **mercado relevante***, (DOC 372/5 de 9 de Diciembre de 1997) en cuanto a su delimitación tiene por objeto “determinar y definir los límites de la competencia entre empresas” y “debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que puedan limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva”. Dicha delimitación debe comprender tanto el producto como el ámbito geográfico relevantes.

Dicha Comunicación considera que “las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presiones en los asuntos de competencia: *sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial*. Desde una perspectiva económica, para la definición del mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios. Una empresa o un grupo de empresas no puede influir de manera significativa en las condiciones de venta reinantes, especialmente en el nivel de precios, si sus clientes pueden adquirir fácilmente productos sustitutivos o recurrir a suministradores situados en otro lugar, Básicamente para definir un mercado se han de identificar las fuentes alternativas reales de suministro a las que puedan recurrir los clientes de las empresas de que se trate, tanto por lo que se refiere a productos o servicios, como a la situación geográfica de los suministradores”.

2º Según la Comunicación, arriba citada, el **mercado de producto** de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.

Desde el punto de vista de la demanda, el producto relevante es la electricidad, pero no cualquier electricidad, sino la suministrada en el lugar y en el momento de tiempo requeridos. Debe notarse que la electricidad es un producto único, en muchos aspectos. Presenta, al menos, *cuatro propiedades* que lo diferencian sustancialmente de otros: *no es almacenable; no tiene sustitutos cercanos, especialmente en el corto plazo; sólo puede ser transportado a través de redes de transporte y distribución, costosas de tender, tanto en tiempo como en dinero; y las unidades de generación, especialmente la capacidad instalada que cubre las puntos de demanda, son intensivas en capital, lo cual aumenta el riesgo para posibles nuevos entrantes en un mercado competitivo*.

Estas propiedades específicas implican que dentro del sector eléctrico pueden encontrarse diversas actividades y mercados con unas características muy distintas. En la actual ordenación del sector eléctrico se establece una regulación concreta y diferenciada para las actividades de generación, transporte, distribución y suministro de electricidad.

Esencialmente, *las prácticas investigadas en este expediente afectarían a las actividades de distribución y comercialización*.



Debe enfatizarse que la Ley 54/1997 de 27 de Noviembre, del Sector Eléctrico y las normas que la desarrollan *delimitan* las actividades de las empresas distribuidoras y comercializadoras, *estableciendo la separación funcional y legal de las mismas*.

En cuanto a la **distribución de electricidad**, en el artículo 36 del Real Decreto 1955/2000, se define como el objeto principal de las empresas de distribución eléctrica tanto la transmisión de la energía desde la red de transporte al punto de consumo como el suministro a tarifa. No obstante, desde el punto de vista de la definición de mercados relevantes, se considera que el mercado de distribución es un mercado separado del suministro a tarifa. De hecho, esta distinción queda recogida en la Ley 17/2007, que modifica la Ley del Sector Eléctrico transponiendo la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad. En este caso, se exige la separación jurídica y funcional de la figura del distribuidor (propietario y gestor de la red) del suministrador a tarifa, que será efectiva en España a partir de 1 de enero de 2009.

Por otra parte, la configuración de la distribución como un mercado diferenciado viene avalada por los precedentes nacionales y comunitarios.

Como marco analítico, la Comisión Europea, en su Comunicación de 9 de diciembre de 1997 relativa al mercado relevante, propone la realización del test SSNIP. Éste consiste en suponer que existe un monopolista en el mercado definido y considerar si un pequeño incremento del precio en el mercado (del orden del 5-10%) sería rentable para el monopolista, evaluando la posibilidad de que, ante este aumento, los consumidores sustituyeran el producto (la electricidad) por otro (sustituibilidad de demanda) o de que aparecieran de forma rápida otros distribuidores competidores en el mercado (sustituibilidad de oferta).

En esta línea, hay que destacar que, 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.

En lo que concierne a la actividad de suministro de electricidad a los consumidores, la definición del mercado relevante puede resultar más compleja. En primer lugar, cabe señalar que la regulación establece dos regímenes normativos distintos para el suministro que, además, han sido modificados por la Ley 17/2007. En un principio, la Ley del Sector Eléctrico establecía una clara diferencia entre los consumidores no cualificados, que sólo podían optar por las modalidades del suministro a tarifa, y los consumidores cualificados, que podían además optar por participar en el mercado libre. En el caso del suministro a tarifa, son las empresas distribuidoras las que llevan a cabo el suministro, mientras que en el mercado libre operan en libre competencia las comercializadoras. Esta situación se plasmó en varios precedentes en los que se consideraban mercados separados.



Como se preveía en la Ley del Sector Eléctrico, el proceso de liberalización ha implicado que desde el 1 de enero de 2003 todos los consumidores sean considerados como elegibles. Por lo tanto, desde el punto de vista de la demanda, los consumidores pueden escoger entre suministro a tarifa y mercado libre en función del precio que se oferte en una modalidad o en otra. En el primer caso, se trata de un precio fijado por el Gobierno, mientras que en el segundo, se trata de un precio libremente acordado entre consumidor y empresa de comercialización. Teniendo en cuenta ambas opciones del consumidor, el precio ofertado en el mercado libre no podrá superar la tarifa de referencia, puesto que, en el caso contrario, el consumidor optará por permanecer o volver al segmento regulado del mercado.

Aunque se han introducido algunas restricciones legales al cambio de un régimen a otro, la evolución real del mercado permite constatar que existe un flujo continuo muy significativo de consumidores entre el mercado libre y el suministro a tarifa. La dirección de estos flujos dependerá de la situación del mercado eléctrico en cada momento y la posibilidad de las comercializadoras de realizar ofertas competitivas. Tomando los datos de la Comisión Nacional de la Energía (folio 578) sobre la evolución de la participación de las empresas comercializadoras de electricidad en el mercado por energía vendida, en 2004 se suministraba a tarifa el 65,6 % de la energía, disminuyendo en 2005 hasta el 61,9 % para incrementarse en 2006 hasta el 75,3 %. Por lo tanto, la sustituibilidad teórica de ambas opciones de suministro se corresponde con la evolución real del mercado, de forma que el mercado minorista de venta de energía englobaría tanto el segmento a tarifa, como el mercado libre.

No obstante, la Comisión y el extinto Servicio de Defensa de la Competencia han venido considerando como mercados relevantes diferentes los distintos tipos de consumidores, esencialmente grandes consumidores y pequeños consumidores, debido a las diferentes características de oferta y demanda que se observan en ambos segmentos. Desde el punto de vista de la oferta, los clientes reciben un trato diferenciado en función de su categoría.

En términos generales, los contratos con los grandes consumidores se llevan a cabo mediante negociación bilateral a través del gestor comercial de la comercializadora o mediante los concursos que organizan dichos clientes, lo que supone, en definitiva, la constatación de un mayor poder de negociación por parte de este tipo de consumidor. Por el contrario, los pequeños consumidores sólo pueden optar a una gama limitada de contratos, más o menos estandarizados, en función de sus características y suelen ser objeto de campañas masivas de comunicación a través de distintos medios.

Asimismo, desde el punto de vista de la demanda, los grandes consumidores suelen ser clientes industriales para los que la energía eléctrica es un *input básico*, siendo suministrados en alta y media tensión. Por otra parte, el segmento de pequeños consumidores recogería principalmente a los clientes domésticos y PYMES, suministrados en baja tensión. Como resultado de estas diferencias, los precios obtenidos por unos y por otros serán también sustancialmente distintos, existiendo además una mayor tasa de cambio de suministrador en los grandes consumidores.



Consecuentemente, *los mercados relevantes a efectos del presente expediente* serían los siguientes:

- Mercado de distribución: Gestión de la red de baja tensión.
- Mercado de suministro de energía eléctrica a clientes finales, distinguiendo entre grandes consumidores (clientes industriales) y pequeños consumidores (Clientes domésticos y PYMEs).

3º La Comisión Europea (*Comunicación de la Comisión de 9 de Diciembre de 1997*) define el **mercado geográfico** de referencia como “*la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas*”.

La gestión de la red de distribución de electricidad es de carácter local, en línea con diversos precedentes nacionales (*C38/99 Gas Natural-Endesa; N03033 Endesa Gas-Cristian Lay-Dicogexsa; N03039 Iberdrola-Ayuntamiento de Villatoya; N03047 Endesa Red/Eléctrica Selga; N03074 Iberdrola/Berruela; N04072 Diselcide/Berrueza; N05033 Iberdrola-Diselec; N03068 Unión Fenosa Metra/Hidroeléctrica de Tendilla i Iuliana; N05016 Endesa Red/Eléctrica de Llémana; N05082 Gas Natural/Endesa*) y comunitarios (*COMP/M3440 EDP/ENI/GDP*) constituyendo cada red de distribución un mercado separado, dado que para el consumidor final el suministro a través de una red de distribución no es sustituible por el suministro a través de otra red.

En cuanto al mercado minorista de suministro de electricidad, éste tiene dimensión nacional (*M3440 EDP/ENI/GDP e Informe TDC C94/05 Gas Natural/Endesa*). En virtud de la normativa vigente, una empresa comercializadora puede ofertar el suministro de energía eléctrica a cualquier consumidor cualificado en cualquier parte del País por lo que, en principio, las condiciones de competencia serían las mismas en todo el territorio nacional. Ahora bien, la existencia de marcos normativos claramente diferenciados en los distintos países, así como la necesidad de una presencia local impiden una definición más amplia del mercado.

Concluyendo con la Dirección de Investigación, este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia considera que los **mercados relevantes** en el Expediente de referencia, en relación a la actuación de UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN SA., **sobre el Sistema de Información de Puntos de Suministro, son los mercados de distribución de energía eléctrica en la red de Unión Fenosa Distribución SA., y los mercados nacionales de suministro de energía eléctrica a grandes consumidores y a pequeños consumidores.**

4º La Comunicación de la Comisión Europea de 9 de Diciembre de 1997, tantas veces citada, define **la posición de dominio** como “*una posición de poder económico en un mercado que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y consumidores, en último término*”.



El extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (*Resoluciones Aluminios de Navarra, Electra Avellana y Bacardi*) se ha pronunciado de forma similar, al decir que “una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”.

La actividad de distribución de energía eléctrica reúne todos los requisitos para ser considerada un *monopolio natural*. La condición de subaditividad de costes se cumple de forma evidente, ya que resultaría altamente ineficiente replicar una determinada red de distribución. Además, una red de distribución no puede ser sustituida de otra para un determinado consumidor. Esta característica de monopolio natural viene recogida en la exposición de Motivos de la Ley del Sector Eléctrico, condicionando su regulación y posterior desarrollo normativo.

En este sentido, la jurisprudencia comunitaria (*Sentencias TJCU de 23 de Abril Hoefner y Elser, C 41/90, de 18 de Junio de 1991 ERT, C 260/89; de 10 de Diciembre de 1991 Merci Convenzionali Porto di Genova, C170/90, de 13 de Diciembre de 1991 GB-INNO-BM, C18/88, y de 21 de Septiembre de 1999 Albany, C67/96*) asimila rotundamente la existencia de un monopolio legal a la posición de dominio y afirma que “*puede considerarse que una empresa que disfruta de un monopolio legal es una parte sustancial del mercado común ocupa una posición dominante en el sentido del Artículo 86 del Tratado*” (actual Artículo 82).

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, con el objetivo de salvaguardar la eficiencia económica de mantener una única red. La posición de dominio de *UNION FENOSA DISTRIBUCION SA.*, 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 *UNION FENOSA DISTRIBUCION SA.*, se extienden principalmente por la provincias de La Coruña, Pontevedra, Orense, Lugo, Segovia y Ciudad Real, León, Zamora, Madrid, Guadalajara, Cuenca, Toledo y Soria. De acuerdo con los datos de la Comisión Nacional de la Energía (Folio 577) en 2006 distribuyó 32.895 GWh, lo que supone un 13,7% del total nacional, dando servicio a 3.502.526 consumidores.

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. De acuerdo con los datos de la Comisión Nacional de la Energía (*Boletín informativo sobre la evolución del*



mercado minorista de electricidad) el coste del peaje supuso en 2006 un 29% del coste medio total de suministro en el mercado liberalizado.

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. En el caso de *UNION FENOSA DISTRIBUCION SA.*, el 80,7% de la energía suministrada a través de sus redes lo fue en régimen de tarifa.

Asimismo, sin perjuicio de la separación legal y funcional establecida en la Ley del Sector Eléctrico, las principales distribuidoras se encuentran verticalmente integradas con empresas de generación y comercialización. De esta forma, *UNION FENOSA COMERCIAL SL.*, integrada en el mismo grupo que *UNION FENOSA DISTRIBUCION SA.*, desarrolla, entre otras actividades, la de comercialización en los mercados de suministro de energía eléctrica.

Por todo ello, este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, entiende como lo hace la Dirección de Investigación que ***“ha quedado acreditada la posición de dominio de UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN SA., en los mercados de distribución de energía eléctrica en los que opera”***.

QUINTO.- La Dirección de Investigación, con fecha 30 de Abril del 2008, eleva al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia *Informe Propuesta*, vista la valoración jurídica de los hechos, valoradas las alegaciones y analizados los efectos sobre el mercado, considera acreditadas dos infracciones : *la primera*, que la negativa de Unión Fenosa Distribución a permitir el acceso al sistema de Información de Puntos de Suministro 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 Tratado, ***consistente en un abuso de posición de dominio***; *la segunda*, que la transmisión discriminatoria de Unión Fenosa Distribución a Unión Fenosa Comercial SL., supone una infracción del Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y del Artículo 81 del Tratado, ***consistente en un abuso de posición de dominio***.

El Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su primer apartado *“prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional...”* y en su apartado segundo establece que *“el abuso puede consistir, entre otros, en la imposición de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos”*.

La aplicación de este precepto normativo exige la concurrencia de *dos requisitos acumulativos*: (i) que una empresa ostente posición de dominio en el mercado definido como relevante; y (ii) que su conducta tenga carácter abusivo.



La posición de dominio de UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN SA., en los mercados de distribución eléctrica en los que se encuentra presente a través de sus propias redes de distribución ha quedado suficientemente acreditada anteriormente, ya que se trata de un *monopolio natural* que cuenta con sustento legal con base en la normativa vigente sobre el sector eléctrico. Asimismo, el Artículo 6.3 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia dispone que *“se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal”*.

Ello no obstante, la conducta investigada produce sus efectos sobre la competencia en otros mercados, los de suministro a grandes y pequeños consumidores, en los que el **GRUPO UNION FENOSA**, tanto distribuidora como comercializadora tendría una posición preeminente. La infracción se inscribiría dentro de la doctrina sobre el abuso de posición de dominio en los *mercados conexos*, ampliamente respaldada por la jurisprudencia nacional y comunitaria.

A modo de ejemplo, citar la *Resolución 568/03 ASEMPRE/Correos* del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en la que se define el abuso de posición dominante en los mercados conexos como *“la situación en la que una empresa dominante en un mercado se aprovecha de esta posición para producir efectos abusivos en otro mercado relacionado y consistentes, alternativamente en: a) extender su dominio a otro mercado conexo ; b) consolidar su dominio en otro mercado conexo ; y c) alcanzar en otro mercado conexo una libertad de acción que no tienen sus competidores”*.

La negativa de UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN SA., a facilitar el acceso completo e incondicional a los datos contenidos en el **SIPS** a las comercializadoras habría permitido al GRUPO UNION FENOSA consolidar su liderazgo en los mercados de suministro de energía, no existiendo otra justificación objetiva para tal conducta.

En la carta de contestación a la petición de Centrica (folio 221), Unión Fenosa Distribución no especifica ninguna justificación objetiva para denegar el acceso completo e incondicional a los datos que solicita Centrica, sino que se limita a considerar que ya cumple con la obligación de acceso que establece el párrafo 2 del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002.

Sin embargo, el Artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, modificado por el Real Decreto 1454/2005, establece el derecho de acceso de las comercializadoras a los datos SIPS, salvo que los consumidores se opongan. Concretamente, en su apartado 2 se especifica que *“... los comercializadores podrán acceder gratuitamente a los datos contenidos en el citado registro”*. A continuación, se establece como única restricción a dicho acceso la oposición por parte de los consumidores, que deberán comunicar por escrito a la distribuidora.



En ningún momento, el Real Decreto fija condición alguna o requisito para acceder a la información, ni tampoco recoge ninguna remisión a un posible desarrollo normativo posterior que regule dicho acceso.

En este sentido, es esencial la comparación entre la redacción inicial del artículo 7, en la que sí aparecía la remisión a un desarrollo normativo posterior, y la redacción vigente desde el 3 de diciembre de 2005, en la que se omite intencionadamente cualquier mención a un hipotético desarrollo normativo posterior. Es más, en el apartado 3 se impone a las distribuidoras de más de 10.000 clientes la implantación de un acceso telemático.

En este mismo sentido, la CNE (folio 582) considera que: “En la actualidad no existe restricción legal para el acceso de los comercializadores a la información contenida en el SIPS...”. Además, en el mismo párrafo reconoce que “... la ausencia de procedimientos aprobados de intercambio de información entre distribuidor y comercializador no permite identificar con detalle la forma requerida para el acceso a dicha información.”

Por lo tanto, en ningún caso los requisitos solicitados por Unión Fenosa Distribución para acceder a los datos del SIPS tendrían base en la normativa sectorial vigente, sino que serían fruto de una decisión propia de la empresa. En realidad, la implantación de cualquier requisito, como los descritos anteriormente, supone, en la práctica, una restricción efectiva sobre el acceso a los datos sobre los puntos de suministro que el Real Decreto 1435/2002 trata de garantizar a las empresas comercializadoras de electricidad, contraviniendo claramente el espíritu de la norma. De hecho, aunque ya inicialmente la normativa sectorial no establecía ningún tipo de requisito de acceso, la Orden ITC/3860/2007 ha prohibido expresamente esta posibilidad con el objeto de impedir el comportamiento anticompetitivo de Unión Fenosa Distribución y otras empresas de distribución, promoviendo así la libre competencia desde la regulación sectorial.

En este punto, cabe destacar que tanto la jurisprudencia comunitaria como la nacional respaldan la doctrina según la cual la empresa con posición de dominio tiene una especial responsabilidad en evitar conductas que perjudiquen el libre desarrollo de la competencia, máxime cuando se trata de una posición de dominio garantizada por la regulación. En este sentido, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, ya señalaba en su Resolución de 11 de octubre de 2005, (Expte. 585/04 Aguas Costa del Sol), que “...incumbe a la empresa con posición de dominio una especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionadas de competencia.”

En este caso, incluso tras la entrada en vigor de la Orden ITC/3860/2007, Unión Fenosa Distribución ha seguido negándose a facilitar los datos del SIPS a sus competidores, intentando retrasar todavía más dicha cesión recurriendo a acciones judiciales. De acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, esta conducta podría constituir en sí misma una infracción de la normativa de competencia.

Adicionalmente, hay que considerar que la implantación de la modalidad de acceso cliente a cliente por parte de Unión Fenosa Distribución, S.A. ha tenido como resultado una llamativa falta de utilización del SIPS por parte de prácticamente todas las



comercializadoras como se recoge en los Hechos Acreditados, cuando, teóricamente, como señala la CNE (folio 583) 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. La dificultad de las comercializadoras en localizar a sus potenciales clientes, así como la imposibilidad de realizar ofertas económicamente atractivas habría facilitado la continuidad del statu quo existente en el mercado eléctrico, en el que, como se destaca en el Hecho Acreditado, Unión Fenosa ha mantenido estable su cuota de mercado. Igualmente, estas circunstancias habrían contribuido al incorrecto funcionamiento del recientemente liberalizado mercado de suministro de energía eléctrica.

Cabe subrayar que la Exposición de Motivos del Real Decreto 1435/2002 sostiene que una efectiva liberalización del mercado eléctrico “...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...”.

En este contexto liberalizador, la información que la normativa pretendía poner a disposición de consumidores y comercializadoras habría resultado y resultaría de gran ayuda a la hora de incrementar la eficiencia de los mercados de suministro. Gracias a estos datos, el mercado se dota de una mayor transparencia, permitiendo a las comercializadoras competir en pie de igualdad realizando unas ofertas más ajustadas a las necesidades de los consumidores. Asimismo, los consumidores podrían gozar de una mayor capacidad de elección y beneficiarse en mayor medida de las ventajas de la liberalización y el juego de la libre competencia.

Además, esta práctica afecta en mayor medida al mercado de suministro de energía a pequeños consumidores, liberalizado a partir del 1 de enero de 2003. En este caso, aparte de elevarse los costes de comercialización de las empresas eléctricas, también aumentan los costes de información y cambio de suministrador de los consumidores. Este incremento de los costes se debe a que, al no disponer las comercializadoras de información suficiente, la frecuencia y calidad de las ofertas tiende a ser mucho menor. Esta menor frecuencia y unas ofertas menos ajustadas al perfil real de los consumidores sólo podría ser subsanada mediante la negociación entre suministrador y cliente o una aproximación *pro activa* por parte del consumidor. Aunque esta actitud es habitual en grandes consumidores para los que la energía eléctrica suele ser un input esencial, ambas alternativas serían costosas e incluso improbables para el pequeño consumidor debido al tiempo y recursos necesarios para ambas partes.



Puesto que el consumo de energía eléctrica en términos absolutos es menor para un consumidor pequeño, la proporción de los costes de información y cambio sobre el coste total será mayor. De esta forma, disminuyen los incentivos de pasar al mercado liberalizado, ya que la rentabilidad del cambio, es decir, el ahorro por cambiar de régimen de tarifa a libre, tendría que ser mayor para compensar estos mayores costes de información y cambio.

Adicionalmente, debe considerarse el hecho de la reciente liberalización del mercado de suministro a pequeños consumidores, que tradicionalmente se ha considerado como un monopolio zonal. La liberalización no sólo implica una serie de cambios normativos, sino que conlleva un importante proceso de aprendizaje por parte de los agentes, especialmente los consumidores. Este aprendizaje se vería gravemente perjudicado por cualquier distorsión en la competencia efectiva en el mercado.

Además de los factores estructurales descritos, también hay que tener en cuenta la situación coyuntural de los mercados de suministro de energía eléctrica. Más allá de los costes de información, cambio y aprendizaje, la relación entre el precio de la energía en mercado libre y a tarifa, es un elemento central del proceso de liberalización, puesto que los consumidores pueden optar entre ambos sistemas. En 2005 y 2006, la evolución de los precios ha sido muy dispar entre ambos regímenes, ya que el mercado libre ha recogido el incremento del coste de las materias primas, subida que no ha sido trasladada completamente a la tarifa.

En este contexto, las ventajas de pasar al mercado libre se diluyen y disminuyen los márgenes de las comercializadoras independientes, ya que sus ofertas deben mejorar obligatoriamente los precios de la tarifa para ser competitivas. De esta forma, el número de consumidores para los que resulta rentable el mercado libre se reduce notablemente, paralizando, primero, los flujos de consumidores desde la tarifa al mercado libre y, posteriormente, invirtiendo la dirección de los mismos.

Otra consecuencia de esta situación es que también resulta más difícil identificar a los clientes para los que el mercado libre resulta todavía rentable. La complejidad de la estructura de las tarifas de acceso e integrales supone que para determinados grupos de clientes el mercado libre continúe siendo una opción rentable. En este sentido, la CNE (folio 561) señala que “...en función del régimen de consumo del cliente varía su beneficio en cada modalidad”, por lo que las pautas de consumo también influyen en la decisión de pasar a un régimen u otro. Esta circunstancia 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.

Esta situación perjudica especialmente a las comercializadoras independientes que corren el riesgo de ser expulsadas del mercado, ya que el suministro de energía eléctrica en el mercado libre es su única actividad. Por el contrario, las comercializadoras verticalmente integradas, ante el estrechamiento de sus márgenes, pueden simplemente recomendar a sus clientes la vuelta a tarifa, en la que serán suministrados por la distribuidora del mismo grupo, conservando así sus clientes en espera de mejores condiciones del mercado. De esta forma, la CNE en su “Boletín informativo sobre la evolución del mercado minorista de



electricidad en la zona peninsular” del primer semestre de 2006 considera que debido al escenario alcista de precios en el mercado de producción algunos grandes consumidores han optado por abandonar el mercado libre ”...y, en otros casos, que algunas comercializadoras rescindan de forma unilateral los contratos de suministro y pasen sus clientes a la distribuidora, en su caso, del mismo grupo.”

Esta estrategia es la que ha adoptado Unión Fenosa Comercial SL en el último año en el que se aprecia una caída muy pronunciada en la energía suministrada a sus clientes en el mercado libre, pasando de 8.343 GWh a finales de 2005 a 4.013 GWh en 2006 para grandes consumidores y, en menor medida de 2.017 GWh a 1.917 GWh para pequeños consumidores. Esta pérdida no se debe únicamente a trasvases hacia otros competidores, sino que se trata mayoritariamente de una vuelta al suministro a tarifa con la propia Unión Fenosa Distribución. Además, en términos relativos la pérdida de clientes ha sido notablemente superior a la experimentada por otras comercializadoras, tanto independientes como verticalmente integradas.

En definitiva, Unión Fenosa Distribución habría llevado a cabo una consistente estrategia encaminada a impedir que sus competidores en los mercados de suministro pudieran contar con la información que la Ley les garantizaba a través de la creación del SIPS. En primer lugar, habría establecido para ellos unos requisitos de acceso muy estrictos que, en la práctica, inhabilitaban por completo el propio SIPS, suprimiendo completamente su carácter de procompetitivo y facilitador de la competencia y de la liberalización del sector. En segundo lugar, una vez que los requisitos de acceso fueron prohibidos expresamente por la normativa sectorial, Unión Fenosa Distribución, directa o indirectamente, ha empleado con éxito hasta el momento los medios a su alcance para continuar retrasando el acceso a la información a través de acciones legales o administrativas.

En cuanto a los efectos de esta estrategia, la imposibilidad de acceder a la información prevista por la normativa sectorial habría supuesto una grave distorsión de la competencia en el mercado de suministro de energía a pequeños y grandes consumidores. En ausencia de las trabas creadas por Unión Fenosa Distribución, las comercializadoras independientes habrían estado en mejor posición para ofertar de forma más eficiente a sus consumidores, incrementándose de esta manera la competencia en este sector recientemente liberalizado. Por lo tanto, el principal efecto de esta conducta habría sido disminuir el nivel de competencia, perjudicando en última instancia a los consumidores.

Todo ello llevaría a una discriminación en el acceso a la información.

La denegación del acceso al SIPS, en la modalidad solicitada por Centrica produciría un mayor falseamiento de la competencia en el mercado de suministro, en la medida en que otros competidores directos sí pudieran acceder a la información allí contenida. Como se señala en la descripción de las empresas, Unión Fenosa Distribución, S.A. se integra dentro del grupo Unión Fenosa, dentro del cual Unión Fenosa Comercial SL se dedica a actividades de comercialización. *En consecuencia, cabe preguntarse si Unión Fenosa Comercial SL en*



tanto que comercializadora de energía eléctrica tiene o ha tenido acceso a los datos de Unión Fenosa Distribución, S.A.

De hecho, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia contemplaba la posibilidad de que el operador dominante utilice esta ventaja al decir, respecto a las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica en concreto, que “pese a que se trata de actividades que han sido declaradas monopolios naturales y pese a estar sometidas a regulación, la posesión de las infraestructuras necesarias para estas actividades puede ser utilizada como barrera de entrada, como factor de discriminación, como fuente de información privilegiada frente a terceros y como activos de captación de clientes...”.

En la misma línea, la Comisión Europea en su “Report on energy sector inquiry” de 10 de enero de 2007 manifiesta en su párrafo 475 que los grupos verticalmente integrados tienen “...incentivos para usar su posición de monopolio como propietario de la red para prevenir o limitar la competencia en otras áreas de la cadena de valor.” Una de las formas de abuso que enumera la Comisión Europea es “...ocultar información esencial y proveer dicha información sólo a la empresa filial.” De esta forma, se evitaría la entrada de nuevos competidores y se distorsionaría la competencia.

Como aparece acreditado en el Hecho 5, *existiría un flujo de información entre Unión Fenosa Distribución, S.A. e Unión Fenosa Comercial SL. que afectaría a datos comercialmente sensibles sobre los clientes de Unión Fenosa Distribución.* La disponibilidad de estos datos otorgaría una clara ventaja a Unión Fenosa Comercial SL. sobre sus rivales directos en las redes de Unión Fenosa Distribución a la hora de realizar su labor comercial y captar clientes, en la medida que lo considerase rentable. Unión Fenosa Comercial SL. dispondría de datos cruciales sobre potenciales clientes tales como su dirección o su consumo, lo que le permitiría, en primer lugar, identificar a aquéllos cuyo suministro le resultara rentable y, en segundo lugar, realizar ofertas más ajustadas a sus necesidades. Y ello sin necesidad de realizar una labor comercial previa.

De esta forma, se constituiría un sistema asimétrico y discriminatorio de transferencia de información desde Unión Fenosa Distribución a las comercializadoras que tratan de prestar servicios a los clientes de su red. Por una parte, las comercializadoras no pertenecientes al grupo Unión Fenosa sólo podrían acceder a una determinada información sobre los puntos de suministro, enumerada en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, mediante la aportación del CUPS y NIF/CIF del titular, lo que implica una costosa labor comercial previa. En cambio, en su calidad de destinatario y de encargado del tratamiento, Unión Fenosa Comercial SL tendría acceso al fichero “Clientes Uso Comercial, 2003” de Unión Fenosa Distribución, que contiene todos los datos comerciales disponibles sobre los clientes.

Por lo tanto, existiría una clara discriminación en el acceso a la información, cuyo único objetivo posible sería favorecer la actividad comercializadora de Unión Fenosa Comercial SL. en detrimento del resto de sus competidoras.



En el Hecho Acreditado 7, se muestra el grado de éxito obtenido por Unión Fenosa Comercial SL en su labor de comercialización en el segmento de los consumidores pertenecientes a la red de Unión Fenosa Distribución, S.A. Esta capacidad de captación de clientes contrasta notablemente con los resultados obtenidos por otras comercializadoras ajenas al grupo Unión Fenosa en ese mismo segmento. Por el contrario, la situación se invierte cuando se analiza la situación de Unión Fenosa Comercial SL. en otras redes de distribución, donde su presencia está más limitada, ya que según el Hecho Acreditado 8 la presencia de Unión Fenosa Comercial SL se ha concentrado principalmente en la red de Unión Fenosa Distribución. Atendiendo a la definición de mercado relevante descrita anteriormente en el que se asumen unas condiciones de competencia homogéneas para todo el territorio nacional, la única explicación razonable de los distintos resultados de Unión Fenosa Comercial SL. en cada red de distribución sería que esta empresa dispone de mayor información y a menor coste que sus competidores sobre sus potenciales clientes de la red de Unión Fenosa Distribución, merced a la posibilidad de acceder de forma directa o indirecta a los datos de los que dispone Unión Fenosa Distribución gracias a su posición de dominio (en palabras de la Dirección de Investigación).

Así podemos concluir diciendo que:

1º 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 Unión Fenosa 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 incorrecta del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, que no estaría respaldado por la normativa sectorial vigente, pero habría beneficiado tanto a la propia Unión Fenosa Distribución como a Unión Fenosa Comercial SL. y, por lo tanto, al grupo Unión Fenosa en su conjunto permitiéndole mantener su statu quo en los mercados de suministro de electricidad.

2º Unión Fenosa Distribución también habría incurrido en un abuso de posición de dominio al proporcionar de forma discriminatoria información comercial a Unión Fenosa Comercial S.L., perjudicando al resto de los competidores al situarlos en una clara situación de desventaja competitiva en los mercados de suministro.

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 Unión Fenosa 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.

SEXTO.- UNION FENOSA DISTRIBUCION SA., con fecha 22 de Abril del 2008 formula *alegaciones* al Pliego de Concreción de Hechos; y posteriormente, con fecha 19 de Noviembre del 2008, *escrito de conclusiones*.



Siguiendo el iter argumental de Unión Fenosa Distribución SA., procede: *en primer lugar*, puntualizar que en todo momento ha tenido la oportunidad de hacer cuantas alegaciones ha entendido ser procedentes en defensa de su derecho (alegaciones anteriores al Pliego de Concreción de Hechos; alegaciones posteriores al Pliego de Concreción de Hechos; y conclusiones al Informe Propuesta). *En segundo lugar*, no procede alegar indefensión, en mérito a lo anterior. *Finalmente*, procede asumir la pretensión de Unión Fenosa Distribución SA., (escrito de conclusiones) en cuanto a la remisión de las anteriores alegaciones *a los solos efectos de evitar innecesarias repeticiones*.

Sin perjuicio de la remisión solicitada, debemos decir que, en síntesis, las alegaciones de Unión Fenosa Distribución se concretan en una: *la adecuación de su conducta* (comportamiento) *a la legalidad normativa vigente en cada momento*.

Adecuación que tiene dos énfasis. **(1)** Una vez publicada y vigente la Orden ITC/3860/2007 de 28 de Diciembre, que establece la obligación de proporcionar acceso masivo e incondicionado a las comercializadoras, Unión Fenosa Distribución SA., procedió de manera inmediata a cumplir con esta obligación; y **(2)** Unión Fenosa Distribución, en todo caso, estaba y está obligada por la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de Diciembre, de Protección de Datos.

Alegaciones que deben ser contestadas separadamente.

SÉPTIMO.- La regulación sectorial y las disposiciones que la desarrollan, frente a lo alegado por UNION FENOSA DISTRIBUCION SA., establecen:

1º con amparo en el Informe de la Comisión Nacional de la Energía, en respuesta a la solicitud de información de al Dirección de Investigación, y recogido en el apartado de Valoración Jurídica del Pliego de Concreción de Hechos, *“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”*. La propia Comisión Nacional de la Energía señala que *“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 los parámetros y pautas de consumo de los clientes, que pueden mejorar el proceso de elaboración de ofertas competitivas”*.

En cuanto a la evolución de la legislación que alega Unión Fenosa y que se recoge en el apartado de Funcionamiento del Mercado, parece claro que la voluntad del legislador es fomentar la competencia a través de una mayor transparencia en el mercado, que en todo momento se conjuga con el respeto a la normativa de protección de datos. En este punto, hay que destacar que el proceso de liberalización no es estático, sino que evoluciona en función



de las necesidades que el legislador detecta en el mercado. En consecuencia, la conducta se desarrolla bajo un marco normativo que va cambiando.

En cuanto a la *Reforma del 2007*, hay que señalar que 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 y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE supone un avance en el proceso de liberalización y creación de un mercado interior de la electricidad a partir de la experiencia acumulada en la implementación de la anterior Directiva. Aunque los principios básicos permanecen, se introducen algunas novedades. Desde la perspectiva del tratamiento de la información, cabe destacar el Artículo 16 sobre “Confidencialidad de los gestores de redes de distribución” donde se establece que las empresas de distribución “...evitarán que se revele de forma discriminatoria información sobre sus propias actividades que pueda suponer alguna ventaja comercial.”

En el caso de España, la principal reforma del marco legal vigente se produce con la 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. En la Exposición de Motivos, se recoge 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.” Además, otra de las grandes novedades de la Ley es la creación de una Oficina de Cambios de Suministrador, a la que también se le facilitará el acceso a la base de datos de puntos de suministro.

Esta preocupación por garantizar un acceso en igualdad de condiciones lleva al legislador a incluir, entre otras, dentro de las obligaciones del distribuidor, recogidas en el artículo 41 de la Ley 54/1997, una nueva: “m) Mantener actualizada su base de datos de puntos de suministro, y facilitar a la Oficina de Cambios de Suministrador la información que se determine reglamentariamente.” Asimismo, dentro de los derechos de las empresas comercializadoras, recogidas en el Artículo 45, se añade un nuevo punto: “d) 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.”

Los datos de los consumidores a los que se refiere el Artículo 45 serían, por lo tanto, los recogidos en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 y que constituyen el Sistema de Información de Puntos de Suministro, que están obligadas a mantener las empresas distribuidoras.

En resumen, la reforma del marco regulatorio vigente en el sector eléctrico profundiza en la necesidad de establecer una separación efectiva entre las actividades reguladas y las no reguladas, estableciendo medidas más contundentes para impedir la existencia de ventajas anticompetitivas que favorezcan a las empresas verticalmente integradas. En este sentido, la Oficina de Cambios de Suministrador (OCS) se constituye como un elemento que garantiza la igualdad de trato entre empresas, ya que estará



participada tanto por empresas distribuidoras como comercializadoras. No obstante, hasta el momento, no se ha producido la creación de la OCS.

En consecuencia, la interpretación del Real Decreto 1435/2002 como herramienta de fomento de la competencia no sólo permanece en la reforma, sino que se refuerza, mostrando la preocupación del legislador en este aspecto. Por otra parte, no debe obviarse que la reforma de 2007 es posterior a la apertura de este procedimiento.

2º La Comisión nacional de la Energía sigue afirmando que *“en la actualidad no existe restricción legal para el acceso de los comercializadores a la información contenida en el SIPS...”* y que *“la ausencia de procedimientos aprobados de intercambio de información entre distribuidor y comercializador no permite identificar con detalle la forma requerida para el acceso a dicha información”*. Consiguientemente, difícilmente puede aceptarse que sea la Comisión Nacional de la Energía quien haya establecido el procedimiento implementado por la alegante.

Por otra parte, para sustentar esta alegación, Unión Fenosa Distribución cita el Informe aprobado por el Consejo de Administración de la propia Comisión Nacional de Energía de 1 de agosto de 2002 denominado “Elegibilidad 2003. Propuestas normativas relativas a la gestión y administración de contratos y equipos de medida”. En primer lugar, puede apreciarse que dicho informe es anterior al Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre de 2002, y, evidentemente, a su posterior modificación en 2005.

En este sentido, la CNE (folio 567) afirma al respecto: “Durante el año 2002 se desarrolló el proceso de preparación a la liberalización total del mercado para todos los clientes a partir del 1 de enero de 2003. La CNE lideró el Grupo de Trabajo de Seguimiento de la Elegibilidad 2003 y los cinco subgrupos que lo secundaron; los cuales estuvieron formados por representantes del Ministerio de Economía, distintas asociaciones ligadas al sector eléctrico, empresas distribuidoras y comercializadoras de energía eléctrica, así como operadores del mercado y del sistema, etc. Este trabajo culminó con la publicación de la regulación necesaria para permitir la apertura total del mercado y los cambios de suministrador de los consumidores domésticos.”

Por lo tanto, tal y como recoge el propio nombre del Informe, ***se trata de propuestas*** que, en lo que el legislador consideró conveniente, fueron plasmadas en la regulación posterior. En consecuencia, no tiene ningún sentido conceder un mínimo carácter vinculante o normativo a dichos documentos, puesto que ni era el objetivo del mismo ni legalmente puede aceptarse.

3º La Orden ITC/3860/2007 de 28 de Diciembre, en lo que afecta al SIPS, de acuerdo con su Exposición de Motivos, se aprueba con el objetivo de *“.....facilitar el acceso a estas bases de datos y de promover la competencia”*, lo que *predetermina* que el derecho de acceso ya venía fijado anteriormente por las normas de rango superior que esta Orden desarrolla.



De facto, la citada Orden vendría a corroborar que el establecimiento de requisitos previos al acceso al SIPS es fruto de una decisión propia y autónoma de Unión Fenosa Distribución SA., y no viene determinada por la normativa sectorial vigente en cada momento (al decir de la alegante) puesto que en el caso contrario, una orden ministerial no podría ser empleada para derogar el Real Decreto que regula el funcionamiento del SIPS.

En todo caso, ***no deviene legítimo acudir en amparo a lo dispuesto en una normativa posterior para legitimar una conducta anterior como pretende la alegante UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN SA.***

OCTAVO.- Unión Fenosa Distribución SA., establece que viene obligada a dar cumplimiento a la normativa de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de Diciembre, de Protección de Datos: protección de datos de carácter personal que obran en su poder, lo que justificaría lo objetivo de su conducta.

Este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia hace suyos los establecimientos seguidos por la Dirección de Investigación al contestar las alegaciones de Unión Fenosa Distribución SA. Así, *en primer lugar*, parece adecuado remitirse al criterio de la Agencia Española de Protección de Datos (Folios 660 al 674) que, tras realizar un exhaustivo análisis de la normativa del SIPS en relación con la normativa de protección de datos señala que ***“a la vista de todo lo indicado, cabe concluir que la cesión de datos contenidos en el sistema de información de puntos de suministro sin contar con el consentimiento del afectado en los términos planteados en la consulta no resulta contraria a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, debiendo en todo caso el comercializador utilizar los datos para las finalidades que justifican la cesión, en los términos descritos en este informe y excluyéndose, en todo caso, de la cesión los datos de los consumidores que hubieran manifestado por escrito a los distribuidores su voluntad de que sus datos no sean accesibles a los comercializadores”***.

Ciertamente, Unión Fenosa Distribución SA., entiende la normativa a sensu contrario, de lo querido y reglado en la Ley Orgánica (*criterio contra legem*).

En *segundo lugar*, cabe destacar que el Legislador ha mostrado en todo momento sumo respeto a la normativa de protección de datos, tratando de minimizar la información que los distribuidores debían poner en conocimiento del mercado, como se puede deducir de la evolución de la legislación en esta materia y de la propia norma, que excluye aquellos datos personales que no tendrían ningún valor como el nombre y apellidos del titular o NIF. En este sentido, es particularmente ilustrativa la respuesta de la Comisión Nacional de la Energía (Folios 580 y siguientes) a la solicitud de información de la Dirección de Investigación, donde recoge la evolución de la normativa SIPS a partir del Real Decreto Ley 6/2000.

En *tercer lugar*, el argumento de Unión Fenosa Distribución SA., es plenamente contradictorio con su conducta. Por cuanto de una parte justifica el establecimiento de estos requisitos para proteger los datos de carácter personal de sus clientes, que tal y como señala



en sus alegaciones, **sólo podría ceder** con el consentimiento expreso de estas personas, dado que la normativa sectorial no le habilitaría para hacerlo sin su consentimiento. Sin embargo, la modalidad de acceso implantada por Unión Fenosa Distribución SA., podría contravenir estos principios, puesto que no puede sustituir el consentimiento expreso, según su propio criterio e iniciativa, exigido por la Ley Orgánica de protección de Datos por la simple aportación de dos datos, uno de ellos de carácter personal, máxime cuando ni tan siquiera identifica a los usuarios que hacen uso de este servicio, pudiendo ser o no comercializadores de energía eléctrica.

Finalmente, cabe señalar que Unión Fenosa Distribución SA., no hizo alusión alguna a la normativa de protección de datos cuando negó a Céntrica el acceso al SIPS (Folio 221) en los términos solicitados por ésta, por lo que difícilmente puede entenderse que *a posteriori* justifique tal denegación, para dar cumplimiento a la normativa.

Otra prueba de este hecho puede encontrarse en las inscripciones RPD. Por una parte, el SIPS, con este o cualquier otro nombre, no ha sido inscrito en el Registro de Protección de Datos, **como era deber** de Unión Fenosa Distribución SA., si consideraba que contenía datos de carácter personal a proteger; y aún suponiendo que se pudiera identificar el SIPS con el Fichero de Clientes de Unión Fenosa Distribución SA., (Folios 647 y siguientes) ello iría contra lo reglado “por cuanto no se especifica que las comercializadoras puedan ser destinatarias de la cesión de estos datos”.

Como bien señala Unión Fenosa Distribución, el tratamiento de datos, según la LOPD, consiste en “Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.” Evidentemente, todas estas actividades, que, como reconoce Unión Fenosa Distribución, realiza Unión Fenosa Comercial, S.A. implican necesariamente el acceso a dichos datos, acceso que, independientemente del uso que se de a dichos datos, no disfrutan el resto de comercializadoras independientes.

En cualquier caso, como se recoge en el Hecho Acreditado 5 y es obviado deliberadamente en la alegación, el fichero “Clientes Uso Comercial, 2003” tiene declarada como finalidad el “Acceso por empresas del grupo, participantes y colaboradoras para el envío de comunicaciones”, tipificada como “Publicidad y prospección comercial”. Por lo tanto, quedaría sobradamente acreditado que Unión Fenosa Comercial, S.A., como sociedad del mismo grupo, ha tenido acceso a datos comerciales a los que no tenían acceso el resto de comercializadoras.

El grado de fidelización puede utilizarse, en conjunción con otros parámetros, como una medida de los efectos que han podido tener las conductas descritas en el PCH. En este punto, hay que aclarar que estas cifras no son la base de las conclusiones del PCH, pero, sin lugar a dudas, las avalan firmemente como se explica en el propio PCH.

Por todo ello se puede concluir que **la conducta seguida por Unión Fenosa Distribución SA., no puede aceptarse como justificación objetiva, en la observancia y cumplimiento de la normativa de protección de datos.**



NOVENO.- UNION FENOSA DISTRIBUCION SA., con fecha 22 de Abril del 2008, solicitó a la Dirección de Investigación la práctica de la siguiente prueba : *“que se oficie a la Comisión Nacional de la Energía para que aporte el Informe sobre Elegibilidad 2003, junto con sus Anexos, en particular el Anexo I, así como las Actas de los grupos de trabajo convocados por la Comisión con relación al proceso de acceso a la información sobre puntos de suministro”*.

La Dirección de Investigación consideró innecesaria la práctica de la prueba propuesta, al decir que: en primer lugar, la Dirección de Investigación ya realizó la correspondiente solicitud de información a la Comisión Nacional de la Energía (Folios 11 y siguientes). En segundo lugar, la documentación solicitada se encuentra en poder de la solicitante Unión Fenosa Distribución SA., como se deduce expresamente al ser citado en su escrito de alegaciones de 6 de Junio del 2007 (Folio 444 y 445), si bien no lo aporta ***pudiendo haberlo hecho***.

En todo caso, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (*Resolución 22 de Febrero 2000, Expediente r 400/99 Prensa Vizcaya*) manifestaba al respecto que *“no se ha producido, pues, un menoscabo del derecho de defensa de la parte, toda vez que el interesado conserva intacta la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos ante el Tribunal, previamente, a que la resolución administrativa sea dictada”*.

Por ello, este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia entiende que ***no se ha producido indefensión a la parte***.

DÉCIMO.- El Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia dispone en su primer apartado que *“el Tribunal (ahora el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia) podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los Artículos 1, 6 y 7 ó dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el Artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas (€ 901.518,16), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal”*.

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias (entre otras, las de 24 de Noviembre de 1987; 23 de Octubre de 1989 ; 14 de Mayo y 15 de Julio del 2002) ha mantenido que la *discrecionalidad* que tiene la Administración en la aplicación del régimen sancionador debe ser siempre *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/importancia de la infracción cometida y las circunstancias objetivas del hecho.

A su vez, la Sección Sexta de la Audiencia Nacional, revisora de las resoluciones dictadas por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, ha ido creando una doctrina



que desarrolla este precepto normativo. En la misma, entendía que siempre debe existir un principio de proporcionalidad de la conducta infractora y su gravedad en los mercados, afectatoria del orden público y de los consumidores ; la duración de la conducta y su evolución; la necesidad del poder de disuasión, que posibilitara que las conductas infractoras no pudieran resultar satisfactorias a los infractores, al ponderar la cuantía de la sanción, la duración de la conducta y el beneficio resultante que pudiera resultarles favorable, mientras dura la misma.

En el Expediente Sancionador que nos ocupa ha quedado suficientemente probado: **(1)** que la negativa de Unión Fenosa Distribución SL., al no permitir a Céntrica el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro, en las condiciones solicitadas por ésta, 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 Tratado de la Unión, *consistente en un abuso de posición de dominio*; **(2)** que la transmisión discriminatoria de información desde Unión Fenosa Distribución SL., a Unión Fenosa Comercial SL., 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 Tratado de la Unión, *consistente en un abuso de posición de dominio*.

Por consecuencia de ello, las dichas conductas deben ser sancionadas con amparo en el citado Artículo 10 de la Ley 16/1989 y a la luz de los siguientes parámetros:

- el doble abuso de la posición de dominio constituye una práctica de indudable gravedad contra el normal funcionamiento de los mercados, en tanto que permite a la empresa/empresas que lo realizan obtener unos beneficios extraordinarios que no se corresponden con lo que aporta a la actividad productiva y al bienestar general ; beneficios que se obtienen del mantenimiento de las cuotas de mercado, derivadas del efecto exclusionario sobre los competidores, afectando principalmente a las comercializadoras independientes.
- la transmisión de información sensible se ha producido a favor de otras empresas del grupo.
- la practica denunciada ha afectado a un mercado que se encuentra en vías de liberalización.
- los efectos de las prácticas denunciadas se han trasladado a los consumidores, vía elevación de los costes de transacción y de cambio de suministrador, así como a la pérdida de una eficiencia competitiva del mercado.
- las prácticas imputadas se han producido, de manera continuada, desde la entrada en vigor del Real Decreto 1435/2002 hasta la entrada en vigor de la Orden Ministerial ITC/3860/2007.
- la empresa denunciada distribuía, en el 2006, a través de sus redes el 13,7% de la energía total en España.



Por todo ello, este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia impone a UNION FENOSA DISTRIBUCION SL., una sanción económica de € 5.000.000

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar acreditadas dos conductas incardinables en el Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia y del Artículo 82 del Tratado de la Unión, de las que es responsable UNION FENOSA DISTRIBUCIÓN SL., consistentes, en cuanto distribuidor eléctrico, en abusar de su posición de dominio, negando a Céntrica el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro ; y transmitir, por el contrario, de manera discriminatoria información a otras empresas de su grupo.

SEGUNDO.- Imponer a UNION FENOSA DISTRIBUCION SL., una multa sancionadora de EUROS CINCO MILLONES (€ 5.000.000) por la comisión de dichas conductas prohibidas.

TERCERO.- Intimar a UNION FENOSA DISTRIBUCION SL., 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 Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS), en los términos previstos en la normativa aplicable o puedan suponer una discriminación en contra de las comercializadoras ajenas a su grupo empresarial.

CUARTO.- Ordenar a UNION FENOSA DISTRIBUCION SL., la publicación a su costa y expensas, de la parte dispositiva de esta Resolución, en el Boletín Oficial del Estado y en la sección de economía de dos periódicos, de ámbito nacional.

En caso de incumplimiento, total o parcial, de los anteriores mandatos, se impondrá a UNION FENOSA DISTRIBUCION SL., una multa coercitiva de € 3.000 por cada día de retraso o incumplimiento de lo aquí acordado y resuelto.

QUINTO.- En todo caso, UNION FENOSA DISTRIBUCION SL., acreditará y justificará, fehacientemente, ante la Dirección de Investigación de esta Comisión Nacional de la Competencia el puntual y correcto cumplimiento de todo lo acordado y mandado en los anteriores apartados.



COMISIÓN NACIONAL
DE LA COMPETENCIA

Comuníquese esta RESOLUCION a la Dirección de Investigación y a la COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA y notifíquese a los interesados, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo sí acudir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de su notificación.