



EXPTE. 641/08 CENTRICA/ENDESA

CONSEJO

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

En Madrid, a 2 de abril de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejera ponente D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, ha dictado la siguiente resolución en el expediente 641/08, CENTRICA/ENDESA iniciado por denuncia de CENTRICA ENERGÍA, S.L.U. (CENTRICA) contra ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U. (ENDESA DISTRIBUCIÓN) y otras distribuidoras de energía por supuestas conductas contrarias al artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia (LDC) y artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, consistentes en la denegación de acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 11 de mayo de 2007, mediante providencia que subsana otra previa de 3 de mayo de 2007, la Dirección de Investigación acordó incoar expediente sancionador (Expte 2776/07) contra ENDESA DISTRIBUCIÓN por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por los artículos 6 de la Ley 16/1989 y artículo 82 del TCE. Este expediente trae causa en el escrito de denuncia presentado por CENTRICA, según el cual las empresas de distribución estarían dificultando la actividad comercializadora de CENTRICA al denegar el acceso completo e incondicionado al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS).
2. El 31 de marzo de 2008 la Dirección de Investigación formuló Pliego de Concreción de Hechos en el cual la Dirección de Investigación considera acreditado:

“1. Que la negativa de Endesa Distribución a permitir el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro en las condiciones solicitadas por Centrica supone una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de



la Competencia y del artículo 82 del TCE, consistente en un abuso de posición de dominio.

2. Que la transmisión discriminatoria de información de Endesa Distribución a Endesa Energía, S.A. supone una infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y de artículo 82 del TCE, consistente en un abuso de posición de dominio."

3. ENDESA DISTRIBUCIÓN y CENTRICA formularon alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos el 22 de abril de 2008 y el 28 de abril de 2008, respectivamente.
4. El 30 de abril de 2008 tuvo entrada en el Consejo el expediente hasta entonces instruido por la Dirección de Investigación y su Informe-Propuesta en el que, vistas las alegaciones de las partes, se ratifica en su valoración jurídica.
5. Mediante Acuerdo de 16 de mayo de 2008, el Consejo comunicó a los interesados la admisión a trámite del expediente y, conforme al artículo 40.1 de la Ley 16/1989, se les dio plazo de 15 días para que pudieran tomar vista del expediente y proponer las pruebas que estimaran necesarias, así como en su caso solicitar la celebración de vista.
6. El 16 de junio y el 18 de junio de 2008 tuvieron entrada en la CNC respectivamente los escritos de solicitud de prueba de ENDESA DISTRIBUCIÓN y de CENTRICA.
7. Mediante Acuerdo de 30 de julio de 2008, el Consejo resolvió sobre el trámite de Prueba y Vista, rechazando las pruebas periciales propuestas por ENDESA DISTRIBUCIÓN y acordando incorporar al expediente todas las documentales aportadas por la demandada. Asimismo, el Consejo resolvió incorporar al expediente copia del Auto de la Audiencia Nacional, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 12 de mayo de 2008 e instó a CENTRICA a que aportara al expediente el resultado de la verificación sobre la información contenida en el CD que le fue entregado por la distribuidora con fecha 9 de junio de 2008, tal y como proponía la propia CENTRICA en el escrito presentado ante este Consejo el 18 de junio de 2006.
8. Una vez incorporadas al expediente las pruebas admitidas en el Acuerdo de Prueba y Vista mediante Acuerdo de 25 de septiembre se puso de manifiesto a los interesados el expediente para que alegaran cuanto estimaran conveniente sobre su alcance e importancia. El 20 y 21 de octubre de 2008 se recibieron los escritos de valoración de prueba de ENDESA DISTRIBUCIÓN y de CENTRICA.
9. El 7 de octubre de 2008 se recibió en la CNC escrito de ENDESA ENERGIA S.A. solicitando ser tenida como parte interesada en el expediente, respecto a lo cual se dio trámite de alegaciones al resto de partes interesadas, sin que ninguna de ellas se pronunciara al respecto. En vista de ello y de que, en opinión del consejo, el solicitante reunía los requisitos de la Ley 30/1992, el Consejo concedió a ENDESA ENERGIA S.A. mediante Acuerdo de 29 de octubre de 2008 la condición de parte interesada en el expediente.
10. Mediante Acuerdo de 30 de octubre de 2008 se dio trámite de conclusiones, que fue completado por ENDESA ENERGIA, ENDESA DISTRIBUCIÓN y CENTRICA



mediante escritos de 1, 2 y 3 de diciembre de 2008 respectivamente. En su escrito ENDESA DISTRIBUCIÓN interesa como diligencia para mejor proveer la práctica de una serie de pruebas. En concreto de una prueba pericial en su día ya rechaza por el Consejo y la inclusión en el expediente de lo que considera un documento pericial elaborado por la consultora The Brattle Group. Con posterioridad a la presentación del escrito de conclusiones, el 26 de diciembre de 2008, ha aportado nueva versión de este informe en la que se subsanan algunos errores y se aporta versión confidencial y no confidencial del escrito. Por su parte, CENTRICA también propone en su escrito de conclusiones la conveniencia de practicar unas diligencias para mejor proveer donde se compruebe si los demás comercializadores han tenido acceso a los datos SIPS de la distribuidora.

- 11.El Consejo ha dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 11.4. del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.
- 12.El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su reunión del 4 y del 25 de marzo de 2009.
- 13.Son interesados:
 - CENTRICA ENERGÍA, S.L.U. (CENTRICA).
 - ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U. (ENDESA DISTRIBUCIÓN)
 - ENDESA ENERGIA S.A.

HECHOS PROBADOS

Son de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada en este expediente y se consideran probados los hechos siguientes:

Sobre las partes

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

(<http://www.endesa.es/Portal/es/conozcanos/sociedades/default.htm?search=ENDESA+OPERACIONES+Y+SERVICIOS+COMERCIALES>).



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

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

Sobre el marco normativo

2. El sector eléctrico español se articula de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector eléctrico (LSE). Esta Ley tiene como claro propósito la liberalización del sector. Como expresa su Exposición de Motivos: *“El propósito liberalizador de esta Ley no se limita a acotar de forma más estricta la actuación del Estado en el sector eléctrico. A través de la oportuna segmentación vertical de las distintas actividades necesarias para el suministro eléctrico, se introducen cambios importantes en su regulación.”* La Dirección de Investigación resume en su Informe-Propuesta adecuadamente esta segmentación vertical y el enfoque que la LSE adopta al respecto: *“Dentro de los mercados eléctricos se diferencian las actividades de generación, transporte, distribución y comercialización, de forma que se encuentran sometidos a una regulación claramente diferenciada. Básicamente la LSE considera que las actividades de generación y comercialización se desarrollarán en régimen de libre competencia mientras que el transporte y la distribución, dada su condición de monopolio natural, ostentan la condición de actividades reguladas.”*

Pese a este carácter regulado, la LSE deja claro en su Exposición de Motivos que la liberalización también llega a las actividades que se desarrollan en régimen de monopolio: *“El transporte y la distribución se liberalizan a través de la generalización del acceso de terceros a las redes. La propiedad de las redes no garantiza su uso exclusivo.”* En lo que respecta a la comercialización de energía indica que esta actividad *“... adquiere carta de naturaleza en la presente Ley. No se trata de una posibilidad sometida a la consideración del Gobierno, sino de una realidad cierta, materializada en los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador que se consagra en el texto. Se establece un período transitorio para que el proceso de liberalización de la comercialización de la energía eléctrica se desarrolle progresivamente, de forma que la libertad de elección llegue a ser una realidad para todos los consumidores en un plazo de diez años.”*



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

Queda pues patente el espíritu liberalizador y promotor de la competencia con que la LSE pretende que se desarrollen las actividades relacionadas con el suministro eléctrico. Las sucesivas reformas que se han introducido en esta norma y su desarrollo no han hecho más que intensificar y adelantar en lo posible este proceso liberalizador y de introducción de competencia. Así, el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia adopta de medidas relativas a la disminución del umbral legal para ser considerado consumidor cualificado y, por tanto, susceptible de abastecerse en el mercado libre. Un año después el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios vuelve a incidir sobre el mismo objetivo. De acuerdo con su Exposición de Motivos: *“El Título I se consagra a la liberalización de los mercados energéticos, incidiendo en aquellos aspectos que dificultan o retrasan una competencia efectiva y dando una mayor transparencia que permita al consumidor tomar decisiones con un adecuado nivel de información.”* Para ello, en lo que se refiere al suministro eléctrico, entre otras medidas de *“se contempla la total liberalización del suministro de energía eléctrica a partir del 1 de enero del año 2003”* y asimismo, *“se facilita la transparencia de información sobre los consumidores cualificados para que todos los agentes puedan disponer de la misma, salvaguardando, en todo caso, el derecho a mantener la confidencialidad de sus datos”*.

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 al información a transmitir y los medios por los que se remite y asigne adecuadamente los costes que ocasionan los suministros”*

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



En el artículo 7 el Real Decreto estableció la creación del Sistema de Información de Puntos de Suministros (SIPS), sobre cuyo acceso versa el presente expediente:

“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. El 25 de febrero de 2005 el Consejo de Ministros aprobó el Plan de Dinamización de la Economía Española, que contenía una serie de mandatos que afectaban a sectores clave de la economía y que perseguían el crecimiento de la productividad y el empleo. El apartado trigésimo segundo de este Acuerdo de Consejo de Ministros instaba al Ministro de Industria, Turismo y Comercio para que elevara al Consejo de Ministros un proyecto de real decreto de reformas para el impulso de la productividad en el sector energético. Entre otros mandatos se recogía el de modificar el Real Decreto 1435/2002 para evitar así obstáculos al paso de clientes del mercado regulado al mercado libre, en particular, en lo que se refiere a Mayor información a difundir por las empresas distribuidoras y al incumplimientos de obligaciones en relación con la información y cambio de suministrador. Consecuencia de este Plan fue la aprobación del 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 medida*
- 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”

5. Por otra parte y en el marco del Plan de Dinamización antes citado, el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de Reformas Urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, incorporó como infracción muy grave recogida en el artículo 61.1 de la LSE “*el incumplimiento, por parte de los distribuidores, de la obligación de permitir el acceso, de mantener una base de datos de todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, así como de dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitan la consulta de los datos del registro de puntos de suministro y la recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y comercializadores de energía.*”
6. El marco normativo del sector eléctrico se ha completado 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. Como dice la propia Exposición de Motivos de la Ley 17/2007, “*Si bien la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, introduce novedades para completar el Mercado Interior de la electricidad, hay que señalar que la mayor parte de las disposiciones establecidas en la misma ya se encuentran incorporadas en la legislación española por lo que su adecuación solo afecta a la necesidad de modificar aspectos puntuales*”. Y añade “*Con objeto de asegurar, entre otros, un acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores, se reforma la configuración actual de la actividad de distribución en la Ley del Sector Eléctrico. La actividad de suministro a tarifa deja de formar parte de la actividad de distribución el 1 de enero de 2009. (...) A partir del 1 de enero de 2009 el suministro pasa a ser ejercido en su totalidad por los comercializadores en libre competencia, y son los consumidores de electricidad quienes eligen libremente a su suministrador. Se adaptan todos los derechos y obligaciones de los comercializadores y*



distribuidores al nuevo orden establecido, teniendo en cuenta que el distribuidor deja de suministrar a tarifa y considerando, además, el nuevo concepto de suministrador de último recurso. En esta línea destacar que se refuerzan las obligaciones en relación con la formalización de contratos de los consumidores y el mantenimiento de las bases de datos de puntos de suministro, que garantizan el acceso en igualdad de condiciones. (...) Como complemento al objetivo que persigue la Directiva del acceso eficaz y no discriminatorio a las redes de los distribuidores, se crea la Oficina de Cambios de Suministrador, una sociedad independiente responsable de la supervisión y, en su caso, gestión centralizada de las comunicaciones y registro formal de los cambios de suministrador de energía eléctrica. La citada Oficina, para el ejercicio de sus funciones tendrá acceso a las bases de datos de puntos de suministro de las empresas.”

7. 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 Mercado, así como la Oficina de Cambio de Suministrador definida en el artículo 47 bis de la Ley del Sector Eléctrico, modificada por Ley 17/2007, de 4 de julio, podrán acceder gratuitamente a las bases de datos de puntos de suministro de cada empresa distribuidora.

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



de contrato en vigor de cada punto de suministro concreto, para el cual deseen consultar la base de datos.

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

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

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

En su Disposición Transitoria Segunda prevé lo siguiente:

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

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

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

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

- 8.** La Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA) interpuso recurso contra la DA3ª de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre. Solicitada la adopción de medida cautelarísima de suspensión de la ejecución de la resolución recurrida se dictó Auto, con



fecha 16-1-2008 en el que se acordaba no haber lugar a la cautelarísima y formar pieza separada para sustanciarla por el trámite ordinario.

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

9. Se dicta la Orden ITC/694/2008, publicada en el BOE de 15 de marzo de 2008. Esta Orden introduce un apartado séptimo a la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre con la siguiente redacción:

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

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

10. Mediante Auto de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2008 se estima el recurso de súplica presentado por CENTRICA y ACIE contra el AUTO de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2008. La Sala entiende que con el nuevo párrafo introducido en la Orden pierde intensidad el argumento de apariencia de buen derecho, lo que exige una nueva ponderación de los intereses en juego. La valoración del interés público adquiere mayor relieve porque está en juego la efectividad de una disposición general. En vista de tales intereses, estima el recurso de súplica y deja sin efecto la suspensión de la ejecución de la Orden ITC 3860/2007 acordada en el citado auto.

Sobre el mercado

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



por la introducción del déficit ex ante acompañado de una reducción de las tarifas de acceso, incrementándose la participación en el mercado liberalizado hasta llegar en el tercer trimestre de 2008, a superar una cuota del 50%.

(...)

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con los datos de la CNE, el operador con mayores ventas en el mercado liberalizado durante todo el periodo analizado ha sido ENDESA ENERGÍA tanto desde el punto de vista del número de clientes como del volumen de energía suministrado. Si bien la cuota en energía ha descendido, pasando desde un 50% a principios de 2006



hasta un 40% al final de 2008, la evolución de su cuota en número de clientes ha sido ascendente pasando de un 50% en 2006 a un 60% a partir de 2007.

- 13.** De acuerdo también con la CNE, *“el análisis de los suministros en el mercado liberalizado en la red de cada uno de los principales grupos empresariales de distribución en España, refleja unos elevados valores de grados de fidelización a favor de las comercializadoras de sus mismos grupos empresariales, en particular, en las redes de ENDESA e HIDROCANTÁBRICO, donde ambas superan unos grados de fidelización superiores al 90% en relación al número de suministros y de algo más del 75% y del 80% respectivamente en relación al consumo medio anual de dichos suministros”*.

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

Sobre el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS)

- 14.** ENDESA DISTRIBUCIÓN dispone de una página web que permite a las comercializadoras cursar las solicitudes de contratos ATR y acceder al SIPS. A este portal se accede a través de una clave y un usuario que la distribuidora facilita. El acceso a los datos puede realizarse mediante solicitudes individuales o enviando conjuntos de ficheros electrónicos. En el momento de la denuncia y posteriormente, para cualquiera de las modalidades de acceso, ENDESA DISTRIBUCIÓN requería a las empresas comercializadoras para acceder a la información contenida en el SIPS que aportaran el Código Único de Punto de Suministro (CUPS) y el código de contrato regulado en vigor. El primero es uno de los datos que debe constar en el propio SIPS (letra a) del art. 7.1 del Real Decreto 1435/2002). El segundo dato es información propia del distribuidor. Ninguna de las partes discute el hecho de que se ha condicionado el acceso al SIPS a la aportación previa de estos datos del cliente.
- 15.** A requerimiento de la Dirección de Investigación ENDESA DISTRIBUCIÓN ha aportado al expediente con carácter confidencial información sobre los accesos a su base de datos SIPS. Dicha información revela las solicitudes de acceso realizadas por las comercializadoras (previa aportación del CUPS y del nº de contrato del cliente) y las efectivamente informadas por ENDESA DISTRIBUCIÓN. De esta información se



deducen varias conclusiones: 1) Más de media docena de comercializadoras han solicitado acceso al SIPS de ENDESA DISTRIBUCIÓN; 2) Con excepción de una de ellas, el número de solicitudes presentadas por cada comercializadoras no supera las cincuenta; 3) En el caso de las comercializadoras no integradas verticalmente el porcentaje de solicitudes no informadas por ENDESA DISTRIBUCIÓN supera el 35% y 4) Resulta llamativo el bajo el número de solicitudes realizadas por la comercializadora del grupo que, sin embargo, como se ha visto en el Hecho Probado 13, ostenta una elevada cuota de mercado en aquellas zonas donde ENDESA DISTRIBUCIÓN cuenta con red de distribución.

16. CENTRICA realizó, sin éxito, diversos intentos de acceso masivo e incondicional, esto es, sin tener que aportar información previa del cliente, al SIPS de ENDESA DISTRIBUCIÓN. Consta en el expediente que en diciembre de 2005 incluyó una solicitud de acceso genérico al SIPS en un documento de solicitud de acceso a ATR. Con fecha 9 de octubre de 2006, Céntrica Energía, S.LU remitió un burofax (folios 212 y 213) a Endesa Distribución Eléctrica, S.L.U en el que solicitaba con base en la normativa vigente “...el completo acceso telemático a la base de datos referida en el artículo 4, apartado 5 del Real Decreto 1454/2005 relativo a todos los puntos de suministro conectados a sus redes”. ENDESA DISTRIBUCIÓN contesta que desde el 2 de marzo de 2006 está operativa una WEB con los datos indicados en el art. 4.5. del RD 1454/2005 y con el funcionamiento descrito en el Hecho Probado 12.

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

- 1. Para garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico al respecto, y en particular de las obligaciones de ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, especialmente en relación a la Ley 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, hemos procedido a realizar una consulta con carácter de urgencia a la Agencia de Protección de Datos, en virtud de las funciones que tiene atribuidas en el art. 37 de la referida Ley.*
- 2. En cualquier caso, para atender correctamente a su solicitud, dando cumplimiento u del Anexo 7 de la Orden ITC/3869/2007 (consumo de los dos últimos años naturales a contar desde la fecha de la consulta) debemos esperar, por razones obvias, a que finalice el ciclo de lectura bimestral; es decir, en este caso y para facilitar los consumos correspondientes a los dos últimos años naturales, 2006 y 2007, debemos proceder a realizar la extracción correspondiente a partir del 29 de febrero de 2008...”*



17. El 9 de junio de 2008 EDE puso a disposición de CENTRICA un CD con información sobre puntos de suministro. Mediante escrito de 23 de septiembre de 2008 CENTRICA manifiesta que sigue sin disponer de acceso telemático y la distribuidora no ha resuelto ciertas incidencias relativas a los datos. ENDESA DISTRIBUCIÓN reconoce que han existido incidencias. De hecho, CENTRICA ha mantenido con la distribuidora correspondencia sobre este tipo de problemas y ésta manifiesta que está tratando de resolverlos. Como consecuencia de este proceso de mejora, CENTRICA ha recibido nuevos soportes físicos de la base de datos en los que según la propia empresa se han ido solucionando las incidencias

Por otro lado, la distribuidora notificó la habilitación del acceso telemático el 2 de octubre de 2008 y CENTRICA ha verificado el funcionamiento de tal acceso con resultados positivos

18. 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 AEPD, ENDESA DISTRIBUCIÓN inscribió el 27/12/2002 en el Registro General de Protección de Datos un fichero denominado BASE DE DATOS DE CLIENTES. Su finalidad y uso previsto es la gestión del ciclo comercial (contratación, lectura, facturación, cobro, órdenes de servicio y atención al clientes registrado). Tiene derecho de oposición, acceso, rectificación y cancelación al fichero ENDESA OPERACIONES Y SERVICIOS COMERCIALES S.L.U. y está encargada del tratamiento del fichero ENDESA SERVICIOS S.L. (F1211).

ENDESA DISTRIBUCIÓN inscribió también el 27/12/2002 otro fichero (F1216) denominado TERCEROS cuya finalidad es la ejecución de pagos y cobros en cuenta a proveedores y deudores. También tiene derecho de oposición, acceso, rectificación y cancelación a este fichero ENDESA S.A. y está encargada del tratamiento del fichero ENDESA SERVICIOS S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia y se declara extinguidos el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la



entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

SEGUNDO. La denuncia se refiere a las condiciones de acceso al sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS). Las empresas distribuidoras vienen obligadas a establecer la base de datos SIPS de acuerdo con lo previsto en el artículo 7 del RD 1435/2002, de 27 de diciembre según redacción dada por el RD 1454/2005 y, de acuerdo con la lectura que CENTRICA realiza de dicho Real Decreto, a facilitar el acceso incondicional y gratuito al mismo a los comercializadores. CENTRICA manifiesta que desde la entrada en vigor de la norma las distribuidoras se han negado a permitir el acceso completo e incondicionado al SIPS al exigir previamente al comercializador datos sobre el punto de suministro (CUPS) que, de hecho, son parte de la información a la que se debe acceder en el SIPS o sobre el contrato entre la distribuidora y el cliente (NCA). Todas estas conductas constituyen en opinión de CENTRICA una negativa de acceso a información que resulta esencial para competir en el mercado con los comercializadores de los grupos integrados. Todo ello en un momento que resulta crítico para la configuración del mercado.

CENTRICA denuncia a las cinco distribuidoras integradas verticalmente que operan en España por desarrollar conductas como las descritas. La Dirección de Investigación ha instruido cinco expedientes, uno por cada distribuidora.

La Dirección de Investigación considera acreditado que ENDESA DISTRIBUCIÓN ha cometido una infracción del artículo 6 de la LDC y del art. 82 del TCE consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de distribución de electricidad negando el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro en los términos establecidos por la normativa sectorial. Considera que ENDESA DISTRIBUCIÓN también ha cometido un abuso al transmitir de manera discriminatoria información a ENDESA ENERGÍA, S.A.

La Dirección de Investigación considera acreditado que ENDESA DISTRIBUCIÓN ha desarrollado una estrategia tendente a impedir que sus competidores puedan tener un acceso efectivo a los datos del SIPS. Primero, estableciendo unos requisitos de acceso estrictos. Más tarde, una vez que los requisitos de acceso fueron prohibidos expresamente por la normativa sectorial, ENDESA DISTRIBUCIÓN ha empleado con éxito todos los medios a su alcance para retrasar el acceso a la información. La Dirección de Investigación considera que esta negativa de ENDESA DISTRIBUCIÓN a facilitar a las comercializadoras el acceso completo e incondicional a los datos contenidos en el SIPS ha permitido al grupo ENDESA consolidar su liderazgo en los mercados de suministro de energía.

La Dirección de Investigación considera que ENDESA DISTRIBUCIÓN no ha aportado ninguna justificación objetiva para denegar el acceso completo e incondicional al SIPS mediante la imposición de requisitos como los descritos. Se limita a argumentar que ya cumple con la obligación de acceso que establece el párrafo 2 del artículo 7 del Real Decreto 1435/2002. Sin embargo, en opinión de la Dirección de Investigación, el Artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, modificado por el Real Decreto 1454/2005, establece el derecho de acceso a los datos SIPS salvo que los consumidores se opongan. En ningún momento el Real Decreto establece requisitos para que los comercializadores puedan acceder a tal información.



Por lo tanto, concluye la Dirección de Investigación en ningún caso los requisitos solicitados por ENDESA 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 contraviniendo el espíritu de la norma.

De hecho, incluso tras la entrada en vigor de la de la Orden ITC/3860/2007, ENDESA DISTRIBUCIÓN ha seguido todavía negándose a facilitar el acceso al SIPS a sus competidores amparándose en necesidades de recopilación de datos o en otro tipo de argumentos.

La implantación de la modalidad de acceso cliente a cliente por parte de ENDESA DISTRIBUCIÓN ha resultado en una llamativa falta de utilización del SIPS por parte de las comercializadoras cuando, por la propia CNE, se considera que el acceso a esta información es esencial para el fomento de la competencia efectiva en el mercado liberalizado porque 1) facilita la elaboración de ofertas adecuadas a las condiciones de los clientes y 2) reduce los costes de cambio de suministrador. 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 vías alternativas más costosas y menos eficaces para conseguir esa información, lo que ha facilitado la continuidad del *status quo* existente en el mercado eléctrico. Esta práctica afecta, en opinión de la Dirección de Investigación, en mayor medida al mercado de suministro de energía a pequeños consumidores, liberalizado a partir del 1 de enero de 2003. En este caso, a parte de elevarse los costes de comercialización de las empresas eléctricas, también aumentan los costes de información y cambio de suministrador de los consumidores, disminuyendo los incentivos a pasar al mercado liberalizado.

Ello se produce en un contexto en que el incremento del coste de las materias primas y la evolución de la tarifa han estrechado significativamente los márgenes de los comercializadores. Esta circunstancia hace más valiosa la información contenida en el SIPS, porque permite identificar para qué clientes el mercado libre continua siendo rentable. Especialmente para las comercializadoras independientes, para las que el suministro de energía en el mercado libre es su única actividad. En ausencia de esta información, en opinión de la Dirección de Investigación, dadas las condiciones del mercado, el incremento del coste de comercialización hace todavía más difícil su supervivencia y pone en cuestión el proceso de liberalización del mercado.

La Dirección de Investigación considera además que ENDESA DISTRIBUCIÓN ha cometido una infracción del artículo 6 de la LDC y del artículo 82 del TCE consistente en abusar de su posición de dominio en el mercado de distribución de electricidad al transmitir información de forma discriminatoria a favor de compañías del grupo y, en particular, ENDESA S.A., matriz de ENDESA ENERGIA.

De esta forma, se constituye en opinión de la Dirección de Investigación un sistema asimétrico y discriminatorio de transferencia de información, en el que las comercializadoras no pertenecientes al grupo tienen condicionado el acceso al SIPS a la aportación de una serie de datos previos que implican una costosa labor de recogida de información previa, mientras que desde ENDESA DISTRIBUCIÓN se transfiere



información a las empresas del grupo, de tal forma que la comercializadora del grupo ENDESA tendría acceso indirecto al fichero “Base de Datos de clientes” que contiene todos los datos comerciales sobre clientes.

TERCERO. ENDESA DISTRIBUCIÓN considera, a modo de alegación preliminar, que el expediente está incurso en caducidad pues desde la fecha de su iniciación formal transcurrieron más de doce meses sin que, de conformidad con el artículo 56 de la LDC y los artículos 44.2 y, 57.2 y 58.1. de la Ley 30/1992, se notificara a ENDESA DISTRIBUCIÓN el acuerdo de remisión al Consejo de la CNC. De acuerdo con ello, solicita que el Consejo dicte resolución por la que declare la caducidad del expediente.

Considera además que se ha vulnerado el derecho de ENDESA DISTRIBUCIÓN a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, reconocido por los artículos 24.2 de la Constitución y 40 de la LDC. Mediante escrito presentado el 16 de junio de 2008, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la LDC, ENDESA DISTRIBUCIÓN propuso, entre otras, la práctica de una prueba pericial consistente en que por el Consejo de la CNC se designe a un perito que dictamine si los efectos del nivel de la tarifa regulada, aun cuando CENTRICA hubiera tenido un acceso total e incondicionado al SIPS de ENDESA DISTRIBUCIÓN, han impedido al entrada de esa compañía en el mercado liberalizado y la adecuada evolución de este.

ENDESA DISTRIBUCIÓN considera que conforme a la doctrina constitucional al respecto, a) la prueba se había solicitado en tiempo en forma y b) la prueba propuesta era objetivamente idónea para la acreditación de los hechos relevantes. Es decir, la misma era decisiva en términos de defensa porque a juicio de ENDESA DISTRIBUCIÓN tenía virtualidad exculpatoria.

Con carácter adicional a las dos alegaciones anteriores, ENDESA DISTRIBUCIÓN considera que procede el archivo del expediente porque no ha cometido ningún abuso.

Argumenta que no ha cometido la primera de las infracciones que se le imputan, consistentes en abusar de su posición de dominio en el mercado de distribución de electricidad condicionando el acceso al SIPS.

Primero, porque al negar a CENTRICA el acceso masivo e incondicionado a la información obrante en el SIPS, ENDESA DISTRIBUCIÓN no ha incumplido en ningún momento la normativa sectorial. Considera que ha interpretado correctamente el artículo 7 del RD 1435/2002 en su redacción inicial y en la dada posteriormente por el RD 1454/2005. De acuerdo con el Real Decreto 1435/2002, a los comercializadores únicamente se les reconocía el derecho de acceso en la forma y con los requisitos que se establecieran en las disposiciones de desarrollo. En opinión de ENDESA DISTRIBUCIÓN, en tanto no se establecieron dichas disposiciones los comercializadores no podían acceder a los datos mencionados en el artículo 7.3 del Real Decreto. De hecho, la CNE publicó un documento de conclusiones de un grupo de trabajo integrado por representantes del sector que obra en el expediente (el denominado Flujograma de Procesos) donde se señalaba la necesidad de aportar el CUPS y el número de contrato para acceder al SIPS, que ENDESA DISTRIBUCIÓN se limitó a seguir. Posteriormente, en su opinión, la nueva redacción dada



por el RD 1454/2005 al artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 guarda silencio acerca de la forma y las condiciones del acceso, extremos que, por consiguiente, quedan diferidos, en defecto de regulación coercitiva impuesta por los poderes públicos, al acuerdo entre las partes. La prueba de que la CNE defendía que el acceso era condicionado, es que sabía que los distribuidores estaban solicitando el CUPS y número de contrato para acceder a los datos del SIPS y nunca abrió procedimiento sancionador, pese a que el ejercicio de la potestad sancionadora tiene carácter reglado y no discrecional.

La publicación de la Disposición Adicional 3ª de la Orden ITC/3860/2007 prueba que hasta entonces no estaba previsto el acceso masivo e incondicionado a los datos del SIPS. Esta Disposición Adicional se califica en al exposición de motivos de la Orden como de “desarrollo” de las condiciones de acceso al SIPS, *“expresión esta- desarrollo- que indudablemente remite a una labor complementadota e innovadora del ordenamiento jurídico y no simplemente aclaratoria o explicatoria de algo preexistente”*. Máxime cuando se concede un plazo para su puesta en práctica, lo que reconoce que la normativa anterior no reconocía a los comercializadores el acceso masivo e incondicionado a los datos.

Por tanto, en opinión de ENDESA DISTRIBUCIÓN, la Orden ITC/3860/2007 es la que por primera vez introduce en el ordenamiento jurídico español el derecho de los comercializadores a acceder de forma masiva e incondicionada a la información obrante en el SIPS. Dado que fue suspendida cautelarmente y que, por tanto, no fue eficaz hasta el día 16 de mayo de 2008, no resulta aplicable a ninguno de los hechos enjuiciados dado que el PCH se formuló el 31 de marzo de 2008.

Segundo, ENDESA DISTRIBUCIÓN no ha hecho más que cumplir con la normativa puesto que, de nuevo en su opinión, el acceso masivo e incondicional de los comercializadores al SIPS estaba prohibido por la legislación reguladora de la protección de datos de carácter personal.

ENDESA DISTRIBUCIÓN admite que el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, ni antes ni después de su modificación por el Real Decreto 1454/2005, prohíbe el acceso masivo e incondicionado, aunque ciertamente tampoco obliga a otorgar el mismo. Sin embargo, su negativa a otorgar este tipo de acceso no es libre ni autónoma, sino que se deriva de la prohibición recogida en el artículo 11.1 de la LOPD, luego tiene justificación objetiva. A partir del 16 de mayo de 2008, con la, fecha en la que se le notificó el Auto por el que la Audiencia Nacional levantó la suspensión cautelar de la Disposición Adicional 3ª de la Orden ITC/3860/2008, se ha producido una modificación sustancial de la realidad jurídica porque una norma de carácter ejecutivo obliga a ENDESA DISTRIBUCIÓN a otorgar dicho acceso, a pesar de que la distribuidora reputa dicho apartado 3 de ilegal, como espera que reconozca la Audiencia en la Resolución del recurso presentado por UNESA.

ENDESA DISTRIBUCIÓN discrepa de las conclusiones del informe de la AEPD aportado a este expediente, en particular, de la aplicabilidad al presente caso de la excepción a la necesidad de consentimiento por el interesado prevista por el artículo 11.2.a. de la LOPD. En todo caso, según ENDESA DISTRIBUCIÓN, para la propia AEPD la cobertura con rango de Ley de la exclusión de la necesidad de consentimiento del interesado sólo se produce con el RDL 5/2005, de 11 de marzo, y no con anterioridad.



En todo caso, aun si el Consejo no acepta que la actuación de ENDESA DISTRIBUCIÓN vino justificada por una restricción legal, debe aceptar al menos que existía una duda razonable al respecto. Prueba de ello es la suspensión cautelar de la ejecución de la Orden ITC/3860/2007 por la Audiencia Nacional. Esta duda razonable constituye una justificación objetiva suficiente de la conducta de ENDESA DISTRIBUCIÓN.

Tercero, no se dan según ENDESA DISTRIBUCIÓN los supuestos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para declarar abusiva la conducta:

- Como se ha expuesto, ENDESA DISTRIBUCIÓN considera que su conducta está objetivamente justificada. Existía un imperativo legal para condicionar el acceso al SIPS y la propia CNE refrendaba su conducta.
- No existe negativa de suministro contraria al artículo 6 y al artículo 82 del TCE porque el acceso al SIPS no se trata de un servicio indispensable para la prestación de servicios de comercialización de electricidad. ENDESA DISTRIBUCIÓN sostiene que la información contenida en el SIPS no es condición necesaria para competir en el mercado de suministro de energía eléctrica, no existiendo correlación alguna en el acceso al SIPS y el nivel de competencia en el mercado. Aporta informes y ejemplos que tratan de corroborar este argumento.

Manifiesta que no es verdad la afirmación de la Dirección de Investigación según la cual los datos del SIPS permitirían ajustar las ofertas a las necesidades de los consumidores. Tales datos resultaban insuficientes y, en todo caso, no resultan relevantes con respecto al segmento de clientes domésticos, puesto que su carácter homogéneo impide la realización de ofertas personalizadas. Dice textualmente *“Si bien la información disponible en el SIPS a partir de 2006 podía tener cierta utilidad para la realización de la actividad de comercialización, la misma no permitía de ningún modo la realización de ofertas personalizadas en el mercado, por no incluirse en la citada base, a día de hoy, datos necesarios para poder realizar este tipo de ofertas.”* La disminución de costes para los comercializadores del acceso al SIPS masivo e incondicionado es, en el mejor de los casos, muy pequeña. En todo caso, para la mayor parte de los clientes no hubiera resultado rentable abandonar la tarifa en el periodo considerado. En un OTROSI de sus conclusiones ENDESA DISTRIBUCIÓN interesa como diligencia para mejor proveer la práctica de una serie de pruebas. Aporta en particular un Informe pericial –del que posteriormente ha presentado versión corregida confidencial y versión pública– que trata de mostrar que el acceso masivo y condicional al SIPS no hubiera tenido un efecto sobre las condiciones de competencia. Dados los niveles de tarifa, los clientes domésticos que experimentan un ahorro al pasarse al mercado liberalizado son pocos, al igual que son escasos los beneficios de las comercializadoras por suministrarlos. En estas condiciones el acceso masivo e incondicional al SIPS no proporciona ventaja aparente.

- Los efectos anticompetitivos que la Dirección de Investigación atribuye a la conducta son ajenos a la misma y vienen ocasionados por circunstancias ajenas a la misma, lo que demuestra que la imputación es infundada. Existen una serie de factores económicos que explican la cuota de mercado del grupo ENDESA en las áreas en que está presente



ENDESA DISTRIBUCIÓN y que determinan el grado de competencia existente en el mercado. En primer lugar, por el déficit de tarifa implícito. Los niveles de la tarifa no cumplen con el principio de suficiencia tarifaria, especialmente en el caso de grandes consumidores. Las empresas comercializadoras no pueden competir con la tarifa regulada por lo que los consumidores permanecen o vuelven a ella. Esto explica la correlación entre el déficit de tarifa y el tamaño del mercado minorista liberalizado. También explica la alta cuota de ENDESA en las zonas en las que tiene su red de distribución. Ello no implica, como pretende la Dirección de Investigación, que las empresas verticalmente integradas tengan interés en recomendar a los clientes la vuelta a la tarifa. No hay que olvidar, que las distribuidoras obtienen su remuneración por la energía circulada por sus redes, independientemente de quien sea el comercializador. Por otra parte, el aumento de la cuota de ENDESA ENERGÍA en el mercado libre se debe a que, ante el déficit tarifario, otras comercializadoras han abandonado el mercado.

Al déficit tarifario hay que añadir la inercia de los consumidores. Cuando los consumidores, principalmente los domésticos, deciden dejar la tarifa y salir al mercado libre, por lo general prefieren suministrarse de la empresa comercializadora perteneciente al grupo de la empresa distribuidora. Esto no se debe a prácticas abusivas, sino a una serie de factores, como son i) el alto coste de oportunidad del tiempo que les lleva la elección y la tramitación del cambio, difícilmente compensado por el descuento que supone el precio de mercado frente a la tarifa dadas las condiciones del mercado; ii) el escaso coste de la electricidad en la cesta de la compra (poco más de un euro al día); iii) el reconocimiento de la marca y confianza en el operador incumbente y iv) la realización de ofertas duales.

ENDESA DISTRIBUCIÓN también estima que debe rechazarse la segunda imputación por abuso consistente en la transmisión discriminatoria de la información a ENDESA ENERGÍA. La Administración no ha acreditado de forma directa que haya transmitido información de forma discriminatoria a ENDESA ENERGÍA. Se infiere del PCH que la administración emplea una prueba de presunciones, que se basaría en presumir que los resultados de ENDESA ENERGÍA en la red de ENDESA DISTRIBUCIÓN frente a los que obtiene en otras redes se explican por el acceso a información privilegiada. En opinión de ENDESA DISTRIBUCIÓN, no concurren los requisitos constitucional y jurisprudencialmente exigibles para que la prueba de presunciones desvirtúe la presunción de inocencia. Incluso si se admitiere que la discriminación ha quedado acreditada, la estrategia no hubiera tenido efectos ni reales ni potenciales en el mercado y, por ende, no puede declararse la existencia de abuso. El éxito de ENDESA ENERGÍA en el segmento de los consumidores de la red de ENDESA DISTRIBUCIÓN se debe a razones ajenas a la conducta y se habría producido igualmente en ausencia de la misma.

En caso de que el Consejo declarara la existencia de infracción de la norma, subsidiariamente ENDESA DISTRIBUCIÓN considera que hay una serie de razones para no imponerle sanción o para que le que se le imponga sea de escasa cuantía.

- Todas las disposiciones invocadas en el expediente hacen referencia a redes de baja tensión y, por tanto, afectan solo al mercado de consumidores domésticos y PYMES.



- Las conductas han carecido de efecto real en el mercado. ENDESA DISTRIBUCIÓN argumenta que hay doctrina que tiene en cuenta la falta de acreditación de intensos daños reales y de una real y grave distorsión de la competencia para reducir la sanción (Internautas /Telefónica; Sentencia de la AN de 22 de septiembre de 2003 JUR/2004/84628).
- Incluso si se considerara que las conductas han tenido algún efecto, no es atribuible exclusivamente a ellas.
- La duración no es tan extensa como pretende la Dirección de Investigación. En todo caso su inicio no puede fijarse con anterioridad a 2005 porque el Real Decreto 1435/2002 remitía a un desarrollo reglamentario que no se produjo y la información que de acuerdo con el artículo 7 del mismo se proveía en el SIPS no era relevante para competir. Además, según la propia AEPD hasta que entró en vigor el Real Decreto Ley 5/2005 era necesario el consentimiento expreso de los afectados. En todo caso, el marco regulador generaba, al menos, incertidumbre con respecto al carácter legal de la conducta.

En definitiva, ENDESA DISTRIBUCIÓN solicita que se declare que el expediente ha caducado y, subsidiariamente, que se declare que no ha habido ninguna infracción o, en su caso, que no procede imponer sanción o que la misma sea de escasa cuantía.

CUARTO. CENTRICA coincide básicamente con las conclusiones del Informe Propuesta y dedica su escrito a contestar las alegaciones que ENDESA DISTRIBUCIÓN ha realizado en trámites anteriores del expediente. Considera errónea la interpretación que ENDESA DISTRIBUCIÓN realiza del artículo 56 de la Ley para concluir la caducidad del expediente y recuerda la abundante jurisprudencia existente a este respecto. Entre otras, la Sentencia de 21 de enero de 2008 (RJCA 2008/364) de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Por otra parte, la cuestión que plantea la distribuidora está resuelta en la propia LDC y no requiere de la aplicación supletoria de la Ley 30/1992. En su opinión, la práctica se ha desarrollado, al menos, desde septiembre de 2004 hasta el 2 de junio de 2008, fecha en la que la distribuidora procedió a la entrega física de la información y, en opinión de CENTRICA, comenzó a mostrar su voluntad de dar un acceso total e incondicionado la SIPS.

Considera que procede una declaración de infracción clara y contundente que permita a CENTRICA el resarcimiento de los daños y que se debe intimar a la distribuidora para que actúe con la mayor neutralidad en el ejercicio de sus funciones. A esos efectos, cree conveniente practicar unas diligencias para mejor proveer donde se compruebe si los demás comercializadores han tenido acceso a los datos SIPS de la distribuidora.

QUINTO. ENDESA ENERGIA alega que siempre ha accedido al SIPS de ENDESA DISTRIBUCIÓN de conformidad con lo previsto en la normativa sectorial. Hasta mayo de 2008 se ha producido a través de una web previa aportación del CUPS y del número de contrato. A partir de mayo el acceso ha sido masivo e incondicional. No ha habido por tanto en su opinión trato discriminatorio respecto al otorgado a otras comercializadoras.



ENDESA ENERGIA considera que la información contenida en el SIPS no es relevante para competir en los mercados de comercialización de electricidad y ello por varias razones. Primero, porque hasta la fecha tiene la información contenida en el SIPS tiene una utilidad sólo relativa para realizar ofertas. EE comenta que la información a la que se ha podido acceder desde 2005 tiene cierta utilidad comercial, pero que *“de ningún modo era suficiente como para permitir la realización de ofertas individualizadas en los mercados”*. Añade que la propuesta de Real Decreto por el que se regula la oficina de Cambio de Suministrador (OCS) remitida para informe por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a la CNE en octubre de 2008 amplía los campos de información a los que se podría tener acceso, tales como nombre del cliente, información sobre impagos o existencia o no de depósito de garantía. Y concluye ENDESA ENERGIA a este respecto: *“Dicha información sí permitirá a mi representada y al resto de comercializadoras la realización de ofertas individualizadas”*.

Segundo, incluso si se admite que el SIPS mejora la capacidad de comercialización, la reducción de costes de captación de clientes no resulta relevante. Para los grandes clientes la información resulta menos relevante porque los clientes suelen actuar de forma proactiva. Para los pequeños clientes no se hacen ofertas individualizadas, sino que se lanzan grandes campañas en las que se ofrece un descuento sobre tarifa. Adicionalmente, existen vías alternativas para la captación de clientes (captación telefónica aleatoria, comercialización puerta a puerta,...) que deben ser desarrolladas independientemente de que se tenga o no la información. Además deben considerarse otros costes necesarios para el desarrollo de la actividad: atención a clientes (presencia, telefónica), procesos de facturación y cobro, gestión de compra de energía, margen de comercialización,... Por tanto, los costes susceptibles de ser reducidos mediante el acceso al SIPS constituirían un porcentaje no significativo con respecto a la totalidad de los costes de comercialización.

El éxito comercial de ENDESA ENERGIA se debe a su estrategia comercial. Se ha mantenido en el negocio de comercialización a pesar de su escasa rentabilidad, apostando por una visión de medio y largo plazo. Ello unido a sus esfuerzos de marketing ha redundado en un fortalecimiento de su imagen de marca. Además, al abandonar otros comercializadores se ha reducido el tamaño del segmento libre, aumentando el peso de la cuota de ENDESA ENERGIA. Y añade: *“para una empresa integrada generación-comercialización la actividad comercial tiene un valor añadido como cobertura de riesgos de la actividad de generación. Es por esta razón por la que la decisión de ENDESA ENERGIA de seguir comercialización en “años malos” tiene sentido y no lo habría tenido para un comercializador que no está presente en el mercado de generación.”*

SEXTO. Antes de entrar en materia sustantiva, procede contestar a la alegación de caducidad realizada por ENDESA DISTRIBUCIÓN. Alega la parte que desde la fecha de la incoación del expediente (3 de mayo de 2007) transcurrieron más de 12 meses sin que, de conformidad con el artículo 56 de la Ley 16/1989 y los artículos 44.2, 57.2 y 58.1 de la Ley 30/1992 se haya notificado a ENDESA DISTRIBUCIÓN el acuerdo de remisión de ese expediente al Consejo de la CNC.



El Consejo no considera fundada esta alegación de caducidad. La Ley 16/1989 establecía, como ahora lo hace la Ley 15/2007, los procedimientos específicos a aplicar en la tramitación de expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia, incluida su caducidad. El artículo 56 de la Ley 16/1989 dice lo siguiente:

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

(...)

“Transcurrido el plazo previsto en este apartado y, en su caso, el plazo resultante de un acuerdo de ampliación, sin que el Servicio hubiera remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia para su resolución o hubiese acordado su sobreseimiento, se procederá, de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar su caducidad.”

Por tanto, a efectos del cómputo del plazo de doce meses, la Ley se refiere a la notificación al interesado sólo en el supuesto de que haya acuerdo que ponga término al procedimiento. En caso de que éste continúe por haber a juicio del Servicio (o, en su caso, de la Dirección de Investigación) infracción de la Ley y proceda elevarse propuesta de sanción, el cómputo de los doce meses toma en cuenta la remisión de la propuesta del Servicio al TDC (o en su caso al Consejo). En este caso, tal y como consta en los Antecedentes de Hecho, la remisión del expediente junto con el Informe Propuesta al Consejo se produjo el 30 de abril de 2008. Luego, dado que el expediente se incoó el 3 de mayo de 2007, el trámite se cumplió dentro del plazo establecido por la Ley 16/1989. Por otra parte, la cuestión que plantea la distribuidora está resuelta en la propia LDC y no requiere de la aplicación supletoria de la Ley 30/1992. Hay abundante doctrina que ratifica esta opinión del Consejo. Entre otras, la Sentencia de 21 de enero de 2008 (RJCA 2008/364) de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

SÉPTIMO. El Consejo también considera que se debe desestimar la alegación de ENDESA DISTRIBUCIÓN sobre que se ha vulnerado su derecho de a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

Mediante escrito presentado el 16 de junio de 2008, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 16/1989, ENDESA DISTRIBUCIÓN propuso, entre otras, la práctica de una prueba pericial consistente en que por el Consejo de la CNC se designara a un perito que dictaminara si los efectos del nivel de la tarifa regulada, aun cuando CENTRICA hubiera tenido un acceso total e incondicionado al SIPS de ENDESA DISTRIBUCIÓN, habrían impedido la entrada de esa compañía en el mercado liberalizado y la adecuada evolución de este. ENDESA DISTRIBUCIÓN considera que conforme a la doctrina constitucional al respecto, a) la prueba se había solicitado en tiempo en forma y b) la prueba propuesta era objetivamente idónea para la acreditación de los hechos relevantes. Es decir, la misma era decisiva en términos de defensa porque a juicio de ENDESA DISTRIBUCIÓN tenía virtualidad exculpatoria.



No se objeta que la prueba fuera propuesta en tiempo y forma. Pero en cambio se discrepa respecto a que fuera decisiva para la efectividad de la defensa por su potencial valor exculpativo.

Primero, porque ENDESA DISTRIBUCIÓN ha aportado al expediente un informe elaborado por la consultora The Brattle Group que tiene, entre otros, un propósito similar al de la prueba propuesta. En concreto, trata sobre el efecto que el déficit de tarifa ha tenido en el mercado liberalizado y, en particular, sobre las comercializadoras no integradas verticalmente, como CENTRICA y donde se justifica que la información contenida en el SIPS no constituye una condición necesaria ni tampoco relevante para competir en el mercado. Luego, tal y como se refleja en su escrito de valoración de prueba de 20 de octubre de 2008, ENDESA DISTRIBUCIÓN no ha sufrido indefensión alguna, puesto que ha aportado al expediente material probatorio que le ha permitido defender los argumentos que trataba de dejar en evidencia con la pericial propuesta y que, a la vista de ello, el Consejo de la CNC rechazo por innecesaria, dada su redundancia.

Segundo, porque en contra de lo que pretende ENDESA DISTRIBUCIÓN, no se trata aquí de probar que la falta de acceso total e incondicionado al SIPS sea la única causa del debilitamiento de la competencia en el mercado de la comercialización. Bien al contrario, lo que la Dirección de Investigación sostiene es que en un mercado en proceso de liberalización, en el que la introducción de competencia choca con el problema de la insuficiencia tarifaria, la obstaculización del acceso al SIPS ha perjudicado a una competencia ya maltrecha, contribuyendo al cierre del mercado. Luego, la práctica de la prueba propuesta no se considera tampoco decisiva en términos de defensa por este Consejo.

En relación también con los medios de prueba aportados por ENDESA DISTRIBUCIÓN, debe dejarse constancia de lo extemporáneo del informe pericial presentado por la demanda junto con su escrito de conclusiones solicitando que se aceptara el mismo como prueba mediante diligencia para mejor proveer. Tal extemporaneidad aconseja que el Consejo no lo tome en cuenta en su Resolución. En todo caso, debe decirse que el mismo tiene como finalidad aportar más evidencia que corrobore que, dado el nivel de la tarifa regulada, el acceso al SIPS no hubiera tenido un efecto sobre las condiciones de competencia en el mercado, alegación que ENDESA DISTRIBUCIÓN ha tenido ocasión de poner reiteradamente de manifiesto a lo largo del expediente y que este Consejo tiene por atendida a la hora de valorar este asunto.

OCTAVO. Constituye el objeto de la presente Resolución determinar si, como afirma la Dirección de Investigación y propone al Consejo, ENDESA DISTRIBUCIÓN ha infringido el artículo 6 de la Ley 16/1989 y el artículo 82 del TCE. Para ello, de acuerdo con la jurisprudencia y las Orientaciones de la Comisión Europea en materia de artículo 82, consiste en establecer si la empresa está en posición dominante y, previamente cual es el mercado relevante.

El artículo 11 de la Ley 54/1997 establece que el transporte, la distribución y la operación técnica del sistema tienen carácter de actividades reguladas, mientras que la producción y la comercialización de electricidad se desarrollan en régimen de libre competencia.



En concordancia con los precedentes, en el presente expediente la Dirección de Investigación ha considerado mercados relevantes el mercado de la distribución y el mercado del suministro.

La distribución, entendida como actividad de gestión de la red de distribución de baja tensión organizada en torno a monopolios regionales, constituye un mercado relevante en sí mismo. De acuerdo con los precedentes, para el consumidor la red de distribución que le presta servicio no puede ser sustituida por ninguna otra, ni por ningún otro tipo de producto o servicio. En consecuencia, dado el marco institucional y las características de oferta y demanda, puede concluirse que la distribución de energía eléctrica constituye un mercado claramente diferenciado del resto de actividades necesarias para abastecer de energía eléctrica a los clientes finales. Asimismo, se diferencian distintos mercados geográficos en función del perímetro de la red sobre la que el distribuidor ostenta la titularidad. De esta forma, ENDESA DISTRIBUCIÓN gestiona en régimen de monopolio redes de distribución en las diversas zonas de España, como se cita en el Hecho Probado 12.

La posición de dominio de ENDESA DISTRIBUCIÓN en los mercados locales de distribución en los que se extiende su red es incontestable, constituyendo además una situación estable a medio y largo plazo al amparo de la normativa legal vigente. Le resulta por tanto de aplicación la prohibición prevista en el artículo 6 de la Ley 16/1989, de acuerdo con lo previsto en el apartado tercero de dicho artículo. Ninguno de los interesados ha cuestionado esta definición de mercados realizada por la Dirección de Investigación ni la posición de dominio de ENDESA DISTRIBUCIÓN.

En la actualidad los distribuidores a la vez titulares de las instalaciones de distribución y gestores de la red de baja tensión, son suministradores a tarifa de consumidores finales. El suministro comprende la entrega de energía a través de las redes de transporte y distribución mediante contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles. La Ley 17/2007 preveía que el suministro a tarifa de consumidores finales por los distribuidores desapareciera el 1 de enero de 2009, siendo sustituido por el suministro de último recurso, al que se podrán acoger determinados consumidores y que se llevará a cabo por los comercializadores sujetos a unos precios máximos o tarifa de último recurso. No obstante, el suministro de último recurso no se ha implementado todavía, por lo que las tarifas eléctricas siguen en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden ITC/3801/2008, de 26 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2009.

Por tanto, en el mercado de suministro de electricidad a consumidores finales todavía compiten y, desde luego, lo han hecho en el periodo relevante a efectos de este expediente, las ventas a tarifa y ventas a precio libre, puesto que todos los consumidores elegibles deben considerarse parte de un mismo mercado sin perjuicio de quien les provea. De aquí que las autoridades de competencia hayan definido ambos tipos de suministro como parte de un mismo mercado en los precedentes más cercanos (M3440 ENI/GDP/EDP; C 94/05 GAS NATURAL/ENDESA). En cambio, atendiendo a los diferentes perfiles de consumo en cuanto a volúmenes y estacionalidad, así como a los márgenes comerciales y las relaciones con la demanda, etc., los precedentes recientes han optado por diferenciar entre suministro a



grandes clientes (alta tensión) y suministro a clientes residenciales y PYMES (baja tensión), incluyendo el suministro a tarifa y el de mercado libre. En ambos casos los precedentes han definido el ámbito geográfico como nacional, en la medida en que los distintos oferentes establecen sus estrategias competitivas y ofertan sus servicios a nivel nacional. Sin embargo, en el informe relativo al expediente C- 0098/08 GAS NATURAL/UNIÓN FENOSA la CNC ha matizado lo siguiente:

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

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

En definitiva, ENDESA DISTRIBUCIÓN goza de una posición de dominio incontestable en determinadas zonas en la actividad de distribución y a su vez participa en el mercado de suministro directamente sirviendo a clientes a tarifa. Al mismo tiempo, tal y como permite la propia LSE una empresa del mismo grupo, ENDESA ENERGÍA, comercializa electricidad a precio libre en esas mismas zonas, en las que mantiene una posición de total liderazgo; zonas, que constituyen una parte relevante del territorio nacional.

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

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

Sin perjuicio de ello, nos encontramos con operadores verticalmente integrados (distribución y comercialización a tarifa y a precio libre a través de otra empresa del grupo) frente a otros



que no lo están (sólo comercializan). Precisamente por ello, el marco normativo –tanto el nacional como el comunitario– prevé una serie de cautelas que tratan de asegurar la separación de funciones en el caso de los operadores verticalmente integrados y el trato no discriminatorio entre comercializadores por parte de los distribuidores. El distribuidor, como titular de un derecho exclusivo que le confiere esa posición dominante, viene sujeto a una serie de obligaciones que tratan de evitar que la competencia en la comercialización se vea distorsionada, ya sea por su actuación como operador a tarifa o porque pueda favorecer los intereses del grupo al que pertenece. Entre dichas obligaciones se encuentra la de suministro de información a los comercializadores en condiciones de absoluta neutralidad. En el marco normativo español esta obligación de suministro de información se plasma en la necesidad de crear y mantener actualizado el SIPS y dar acceso al mismo, siempre respetando el principio de no discriminación.

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

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

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

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

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

ENDESA DISTRIBUCIÓN reconoce abiertamente que ha condicionado el acceso a la información contenida en el SIPS. En efecto, ENDESA DISTRIBUCIÓN no puso en marcha el SIPS hasta marzo de 2006 –el acceso telemático hasta octubre 2008– y desde entonces hasta 2006 ha requerido para que los comercializadores accedieran al mismo el CUPS, dato que forma parte del propio SIPS al que los comercializadores deben tener



acceso, así como el NCA, un dato interno del sistema de contratación del distribuidor. El Real Decreto 1435/2002, ni antes ni después de su modificación por el Real Decreto 1454/2005 establece que sea necesario aportar tales datos para asegurarse el acceso a la información del SIPS. La propia ENDESA DISTRIBUCIÓN admite que el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 no prohíbe el acceso masivo e incondicionado. Reconoce por tanto que el condicionamiento del acceso supone una interpretación de la normativa sectorial.

Las razones en que sustenta ENDESA DISTRIBUCIÓN esta interpretación de la normativa sectorial son básicamente dos. Por una parte, considera que las conclusiones de un grupo de trabajo promovido por la CNE y recogidas en el documento Flujograma de Procesos, aportado por ENDESA DISTRIBUCIÓN, recomendaban este proceder. Por otra parte, acepta que el acceso masivo e incondicionado es una posible interpretación del Real Decreto 1435/2002, pero que quien lo impide es la LOPD, lo que le ha llevado a condicionar el acceso.

ENDESA DISTRIBUCIÓN pretende que el acceso a la información del cliente depende del apoderamiento para contratar. Esto es, una vez que el cliente apodera a CENTRICA para contratar al ATR y le facilita el CUPS y el número de contrato, el comercializador ya estaría en condiciones de acceder al SIPS.

Sin embargo, precisamente una de las cosas que el legislador ha pretendido con esta normativa ha sido permitir a los comercializadores el acceso previo a la información para facilitar la realización de ofertas a clientes y reducir los costes de la comercialización. El acceso a la información ha actuado en la práctica como una barrera al cambio de comercializador y la normativa ha pretendido poner remedio a este problema mediante el acceso al SIPS. De hecho, la modificación del artículo 7 del RD 1435/2002 pretende facilitar precisamente el acceso a la información para que los comercializadores puedan realizar políticas de marketing más efectivas. Precisamente por ello el legislador estableció que el acceso al SIPS fuera gratuito y a todos los puntos de suministro.

Esta filosofía se desprende tanto del informe 7/2005 de la CNE sobre la propuesta de RD por el que se adapta la normativa del sector eléctrico a lo dispuesto en el RDL 5/2005 de 11 de marzo reformas urgentes para el impulso de la productividad, como de la contestación de dicho órgano al requerimiento de información que le realiza la Dirección de Investigación con motivo de este expediente. La CNE expresa que la normativa pretende que los comercializadores tengan acceso a todos los datos del registro. El CUPS es uno de estos datos. En su respuesta de 27/7/2007 a la Dirección de Investigación (folio 1062) la CNE manifiesta: *“El SIPS tiene dos funciones de recopilación de información: los datos básicos de identificación y caracterización del punto de suministro y el contrato regulado, que pueden facilitar el proceso de cambio de suministrador y los datos referentes a parámetros y pautas de consumo de los clientes, que pueden mejorar el proceso de elaboración de ofertas competitivas. (...)*

Así, el acceso de los comercializadores a la información contenida en el SIPS mejora el funcionamiento del mercado en un doble sentido. Por una parte, evita demoras en los procesos de cambio de suministrador al evitarse errores en las comunicaciones entre agentes ya que ambos, comercializador y distribuidor, disponen de la misma información y



se reducen los costes en los procesos al evitar rechazos y reformulación de solicitudes. Por otra parte, el conocimiento de los parámetros y pautas de consumo de los clientes permite a los comercializadores poder adaptar las ofertas a sus características y/o necesidades, lo que puede contribuir a su competitividad y beneficia tanto a estos consumidores que se benefician de mejores ofertas, como al mercado en su conjunto, ya que las ofertas de compra de energía, ya que las ofertas de compra de energía son más ajustadas al consumo real, lo que mejora la formación de precios y reduce los costes y riesgos de ajuste de programa y equilibrio oferta-demanda.

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

Como se desprende de lo expuesto por la CNE, es importante distinguir entre información para elaborar campañas de marketing e información para solicitar el contrato de acceso ligado al cambio de suministrador de un cliente. En este sentido, “los procedimientos aprobados por la CNE” a los que alude repetidamente ENDESA DISTRIBUCIÓN (documento *Flujograma de procesos*) están concebidos para los procesos necesarios para el cambio de un cliente concreto del mercado libre al mercado liberalizado o de una comercializadora a otra, procesos que se basan en la base de datos SIPS y a la vez la alimentan. Estos procesos de cambio de cliente sí se dan una vez que existe el apoderamiento al que hace referencia. Llegados a este punto el comercializador ya debe haber celebrado con el consumidor un contrato de suministro y tener la autorización del cliente para tramitar el cambio. Luego el acceso a la información del cliente ya debe haber tenido lugar y se piden datos (CUPS y/u otros) a efectos de facilitar la identificación del cliente y tramitar la solicitud de modificación de contrato minimizando errores, tal como propone la CNE en su flujograma. Pero de ello no se puede deducir, como pretende ENDESA DISTRIBUCIÓN, que este sea el único modo y finalidad del acceso a dicha base de datos SIPS. De hecho, la CNE reconoce la ausencia de restricción legal para que el acceso se produzca y considera que el vacío normativo sobre el funcionamiento práctico del SIPS no debería haber impedido el intercambio de información entre el distribuidor y el comercializador prevista en el Real Decreto 1435/2002. (folio 1062):

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

La propia CNE expresa que la normativa pretende que los comercializadores tengan acceso a todos los datos del registro. El CUPS es uno de estos datos luego no debe exigirse como



pre-requisito para acceder a la información. En todo caso, no se puede admitir que la CNE haya reglamentado mediante un documento de trabajo el condicionamiento del acceso.

Tampoco cabe interpretar la falta de procedimientos de infracción por condicionar el acceso al SIPS como un refrendo por parte de la CNE de la conducta de ENDESA DISTRIBUCIÓN, como esta empresa pretende en sus alegaciones. En el escrito de 16 de julio de 2007 enviado por la CNE a la Dirección de Investigación se afirma en la página 1 que *“esta Comisión no ha tenido conocimiento expreso de los hechos referidos por la SG de conductas Restrictivas de la Competencia del MEH”*. En todo caso, el hecho de que la CNE no haya abierto un procedimiento infractor por este motivo tampoco evitaría la aplicación de la Ley 16/1989. Entre otros motivos, como ya se ha razonado, no se ha producido una vulneración explícita de la normativa, sino una interpretación abusiva de la misma.

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

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

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

Por otra parte, el Real Decreto-Ley, de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública incorporó como infracción grave, recogida en el artículo 61.16 de la Ley 54/1997, el “incumplimiento, o parte de los distribuidores, de la obligación de permitir el acceso, de mantener una base de datos de todos los puntos de suministro conectados a sus redes y a las redes de transporte de su zona, así como de dotarse de los sistemas informáticos necesarios que permitan la consulta de los datos del registro de puntos de suministro y al recepción y validación informática de solicitudes y comunicaciones con los consumidores y comercializadores de energía.”

Y añade literalmente la AEPD:



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

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

Y más adelante lo argumenta:

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

Con carácter adicional, ENDESA DISTRIBUCIÓN incurre en contradicción porque sí acepta el acceso a los datos previa aportación del CUPS y del número de contrato, sin necesidad de que medie consentimiento expreso del cliente ante el distribuidor, lo que también supondría una cesión de datos ilegal. El argumento de que la aportación de tales datos supone el consentimiento implícito del cliente, que los habría dado a la comercializadora, no resulta aceptable. Por un lado, porque no puede considerarse en ningún caso jurídicamente equivalente a un consentimiento expreso. Por otro, porque pone de manifiesto que la interpretación que ENDESA DISTRIBUCIÓN realiza del acceso ignora el objetivo de la norma reducir las barreras de entrada a las comercializadoras reduciendo sus costes de comercialización.

Tampoco puede aceptarse que se apele al Auto de suspensión como duda razonable de la interpretación del Real Decreto 1435/2002 posteriormente modificado por el Real Decreto 1454/2005, por cuanto el mismo se refiere a una norma posterior y, en particular a la falta de referencia en la misma al derecho de oposición de los consumidores, que si se contiene en los Reales Decretos mencionados.

Aun admitiendo, que no es el caso en opinión de este Consejo, que existiera una duda razonable sobre si el Real Decreto 1435/2002, antes o después de su modificación por el Real Decreto 1454/2005, incumplía la normativa de protección de datos, no se comprende por qué la empresa no se ha dirigido a la AEPD desde un primer momento para aclararla. Tampoco la invocó en las contestaciones a CENTRICA, hasta 2008, como reconoce la propia ENDESA DISTRIBUCIÓN en sus conclusiones.

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



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

Con respecto a la Orden ITC 3860/2007, no puede interpretarse, como pretende ENDESA DISTRIBUCIÓN, que el acceso al SIPS debiera ser condicionado y puntual antes de dicha Orden y que a partir de la misma pase a ser masivo e incondicional. Primero, porque tal y como aclara el preámbulo de la Orden Ministerial, su propósito es desarrollar la normativa ya existente en cuanto a las condiciones de mantenimiento y acceso al SIPS, no modificar la misma. Segundo, porque la propia CNE, en su descripción de la evolución del marco normativo que aporta en su respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación, no interpreta que el acceso fuera condicionado antes de dicha Orden Ministerial. Tercero, porque aunque efectivamente se hubieran pretendido modificar las condiciones de acceso al SIPS, difícilmente pueden alterarse mediante Orden Ministerial lo establecido por Real Decreto. Cuarto, tampoco puede deducirse, como hace ENDESA DISTRIBUCIÓN, que a la vista del plazo transitorio que da la Orden Ministerial para dar acceso al SIPS, debe entenderse que antes no cabía darlo. Este plazo se refiere a una obligación muy concreta: adaptar los contenidos de las bases de datos de puntos de suministro a los estándares que marca el anexo VII de la citada Orden. Ello no excusa del cumplimiento del deber de dar acceso al SIPS ni de la obligación de remitir en el plazo de 15 días en soporte físico los datos a aquellos comercializadores que lo soliciten.

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

UNDÉCIMO. De la información contenida en el expediente ha quedado acreditado que ENDESA DISTRIBUCIÓN inscribió el 27 de diciembre de 2002 en el Registro General de Protección de Datos dos ficheros, uno denominado BASE DE DATOS DE CLIENTES y



otro TERCEROS. La finalidad y uso previsto es la gestión del ciclo comercial (contratación, lectura, facturación, cobro, órdenes de servicio y atención al clientes registrado) en el caso del primero y la ejecución de pagos y cobros en cuenta a proveedores y deudores en el caso del segundo. Tiene derecho de oposición, acceso, rectificación y cancelación al fichero ENDESA OPERACIONES Y SERVICIOS COMERCIALES S.L.U. De acuerdo con la propia información pública que ofrece el grupo (página WEB de ENDESA –Conócemos y Estructura del Grupo), el objeto de esta compañía es prestar servicios de apoyo comercial a otras compañías del grupo y, en particular a ENDESA ENERGÍA.

El denunciado trata de desvirtuar la conducta que se le imputa sosteniendo que no hay prueba directa de que ENDESA ENERGÍA haya accedido a la información y que no se cumplen en este caso los requisitos de la prueba de presunciones. Pero, no es eso de lo que aquí se trata. ENDESA DISTRIBUCIÓN es un operador que disfruta de un monopolio legal sobre la red de distribución eléctrica por lo que, de acuerdo con el marco normativo nacional y comunitario, viene sujeto a obligaciones de transparencia y separación funcional. Existe prueba directa de que ha puesto a disposición de ENDESA SA y ENDESA OPERACIONES Y SERVICIOS COMERCIALES S.L.U. información muy sensible comercialmente. La primera es matriz de EE y la segunda le presta servicios de apoyo comercial. El hecho de que ponga a disposición de sociedades del grupo una información que tiene claros fines comerciales cuando tal información no resulta accesible al resto de comercializadores resulta claramente discriminatorio. Esta discriminación tiene un claro efecto, al menos potencial, en el mercado. Así lo ha considerado al menos el legislador nacional y el comunitario que han establecido todo tipo de cautelas para asegurar la neutralidad de los distribuidores en el tratamiento a los comercializadores. Cautelas que realizando de nuevo una interpretación abusiva del marco normativo, ENDESA DISTRIBUCIÓN trata de vulnerar. La conducta infractora que se analiza no radica en si ENDESA ENERGÍA ha hecho uso de esa información. De hecho, no es ENDESA ENERGÍA aquí el imputado. Se trata de que ENDESA DISTRIBUCIÓN, conocedor de las obligaciones que impone el marco normativo y anticipándose a la plena entrada en vigor de liberalización para clientes domésticos el 1 de enero de 2003, pone a finales de 2002 información comercialmente sensible a disposición de empresas del grupo. Y no a empresas cualesquiera, sino a aquellas que determinan o colaboran directamente con la estrategia comercial de ENDESA ENERGÍA. Se trata de una discriminación ante la cual la empresa dominante no ha ofrecido justificación objetiva solvente y que, de acuerdo con las autoridades sectoriales y de competencia, nacionales y comunitarias, tiene un efecto potencial sobre la competencia muy grave.

DUODÉCIMO. En cuanto a la normativa aplicable para enjuiciar las conductas descritas, en opinión del Consejo las mismas deben examinarse no sólo desde la perspectiva del artículo 6 de la Ley 16/1989, sino también del artículo 82 del TCE. Se trata de conductas que son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario en la medida en que el comportamiento de ENDESA DISTRIBUCIÓN puede dificultar el acceso de nuevos operadores en el mercado español de comercialización minorista de energía eléctrica. Con ello puede reforzar el aislamiento del mercado nacional, obstaculizando la entrada en España



de operadores presentes en otros mercados europeos y no integrados verticalmente en el mercado español.

Ninguna de las partes interesadas en el expediente ha cuestionado la posible afectación del comercio intracomunitario y la procedencia de plantear el presente caso desde la perspectiva del artículo 82 del TCE.

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

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

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

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

La información contenida en el SIPs se considera desde la perspectiva del legislador español objetivamente necesaria para diseñar una política comercial efectiva, que contrarreste los elevados costes de cambio de los consumidores, la fidelidad a la marca del incumbente y a la que no se puede acceder de otra manera a un coste razonable. La exigencia de suministrar el CUPS y el NCA para acceder al SIPs supone que los comercializadores tienen que asumir:

- a) *Unos costes directos*, como son, primero el coste de localización de los clientes, esto es, a qué clientes dirigirse. Esto incluye el coste de adquisición de los registros de clientes. Segundo, el coste de obtención de los datos requeridos por el distribuidor para acceder a la información completa (CUPS y NCA). Tercero, el coste de los procedimientos de



solicitud de acceso al SIPS, puesto que el comercializador tiene que cursar y hacer un seguimiento de solicitudes de forma individual.

- b) *Una menor eficacia*: Estos mayores costes llevan además aparejada una menor eficacia de la actuación comercial. El comercializador ve reducida la eficacia de su estrategia comercial porque 1) no sabe ex ante a que consumidores le resulta más rentable dirigirse para obtener la información y 2) con la información que obtiene no puede hacer ofertas a grupos de clientes o a zonas territoriales. O sea que incurre en mayores costes para desarrollar una política comercial que resulta además menos eficaz.
- c) *Un mayor riesgo*: Costes indirectos derivados de que queda más expuesta la estrategia comercial del comercializador que solicita la información. Al no ser el acceso incondicionado la estrategia del comercializador queda más en evidencia, lo cual no resulta indiferentes en un contexto en el que la neutralidad de los distribuidores hacia los comercializadores ajenos a su grupo esta bajo cuestión.

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

Se trata además, no debemos olvidarlo, de información obtenida por el distribuidor no por su esfuerzo comercial, sino merced a un monopolio legal que le somete a ciertas obligaciones especiales. Entre ellas se incluye muy especialmente la de neutralidad frente a la comercializadora de su mismo grupo, obligación cuyo cumplimiento ha quedado en entredicho. Sin embargo, mucho antes si quiera de crear su SIPS, ENDESA DISTRIBUCIÓN formó una base de datos de clientes a la que han podido tener acceso otras empresas del grupo relacionadas con la comercializadora.

Con el fin de relativizar la importancia que tiene el acceso al SIPS, ENDESA DISTRIBUCIÓN argumenta que el incentivo de los clientes para salir al segmento libre del mercado y el de las comercializadoras para operar en el mismo ha sido reducido en el periodo considerado. Mediante ejercicios empíricos diversos aportados por The Brattle Group viene a ratificar este argumento, lo que le lleva a concluir que el acceso entre 2003 y 2008 a los datos del SIPS hubiera tenido poco impacto sobre las comercializadoras. ENDESA DISTRIBUCIÓN insiste en que la falta de competencia en el mercado viene ocasionada por el nivel de la tarifa.



El Consejo no entra a cuestionar los hechos que se describen, pero debe rechazar la valoración jurídica que la denunciada construye sobre los mismos. Primero, como distribuidor sometido a determinadas obligaciones legales, ENDESA DISTRIBUCIÓN no es quien para decidir cómo y cuándo el acceso a una información sobre clientes previsto legalmente es conveniente para los comercializadores. Máxime cuando dichos comercializadores compiten por atraer a los clientes a tarifa al segmento libre del mercado, en el que además compiten con el grupo ENDESA.

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

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

Cuarto, resulta necesario valorar esta reducción de costes con una perspectiva dinámica. En un mercado que afronta un estadio de liberalización incipiente para las empresas resulta crucial tomar posiciones. Máxime cuando, como la propia ENDESA DISTRIBUCIÓN reconoce, los entrantes se enfrentan a la competencia de un grupo que se beneficia en el segmento doméstico de una enorme fidelidad a la marca. Por ello el legislador considera el acceso a la información relevante, de manera que los entrantes puedan preparar sus estrategias comerciales, incluso en periodos donde otro tipo de factores dificultan la competencia. No olvidemos además que, como recogen ENDESA DISTRIBUCIÓN y ENDESA ENERGÍA en sus alegaciones, las empresas tienen una expectativa razonable de que el problema del déficit tarifario se solvente. De hecho, las comercializadoras toman sus decisiones teniendo esa probabilidad en cuenta, como dice ENDESA DISTRIBUCIÓN, “...confiando en el compromiso de evolución futura positiva que, de forma reiterada, el regulador ha manifestado públicamente”. Eso explica, entre otras razones, que ENDESA ENERGÍA haya comercializado energía a pérdida, como indica ENDESA DISTRIBUCIÓN. En estas condiciones el acceso a los datos SIPS parece relevante para unas comercializadoras que deben preparar sus estrategias comerciales ante la apertura efectiva del mercado. De hecho la propia ENDESA DISTRIBUCIÓN habla de que en 2007 se ha producido una disminución gradual del déficit de tarifa y una consecuente recuperación del mercado libre. Ello esencialmente se debe a los cambios regulatorios introducidos en el año 2007, básicamente en la introducción de un reconocimiento de un déficit ex ante que ha posibilitado una reducción de las tarifas de acceso, así como una apertura hacia la actividad de la comercialización. En todo caso, el hecho de que el mercado funcione defectuosamente



no pone en cuestión la relevancia que objetivamente tiene la información cuyo acceso se obstaculiza ni puede ser una justificación objetiva a la conducta.

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

La conducta analizada tiene sin duda aptitud para eliminar la competencia en el mercado descendente. Así lo ha reconocido la Comisión Europea que, como veíamos en el Fundamento de Derecho Noveno, ha considerado que la negativa de acceso a la información sobre puntos de distribución y la discriminación en materia de información a favor de empresas del propio grupo dentro del catálogo de conductas susceptibles de eliminar la competencia en el mercado y reforzar el poder de los incumbentes. Al obstaculizar el acceso a la información se elevan los costes de entrada y de desarrollo en un mercado en proceso de liberalización incipiente. Ello reduce el abanico de ofertas que los clientes pueden recibir, repercute negativamente en sus costes de transacción y en la probabilidad de que la oferta que el comercializador puede hacerle compense al cliente.

En el presente caso hay diversos factores que ratifican la aptitud de las conductas analizadas para afectar a la competencia. ENDESA DISTRIBUCIÓN es monopolista de la red de distribución en una parte significativa del territorio nacional y ENDESA ENERGÍA presenta una elevadísima cuota de mercado en el segmento liberalizado sobre dicha red. Los consumidores muestran además una fuerte fidelidad a la marca, lo que favorece que ante los mayores obstáculos de los entrantes para realizar ofertas eficaces los clientes domésticos de la red de ENDESA terminen en manos de la distribuidora o de la comercializadora del grupo.

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

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



Sin duda el problema del déficit tarifario ha podido encubrir los efectos de las conductas que se analizan. Pero ello no evita que su puesta en práctica refuerce la posición del grupo ENDESA que, como se deduce de sus alegaciones, toma sus decisiones sobre política comercial y desarrollo de negocio teniendo en cuenta que el problema del déficit tarifario puede eventualmente solventarse. Para la distribuidora puede ser indiferente que el cliente salga al mercado libre y a qué comercializadora vaya, pero para el grupo ENDESA como un todo no. No nos olvidemos que la matriz de ENDESA DISTRIBUCIÓN y de ENDESA ENERGÍA es la misma. Existe un incentivo a exacerbar los factores que favorecen que los clientes se queden dentro del grupo. La falta de acceso al SIPS repercute fundamentalmente en el primero de ellos y la obtención por parte de ENDESA S.A de información privilegiada en condiciones discriminatorias, sobre el segundo.

DECIMOCUARTO. A juicio de este Consejo, ENDESA DISTRIBUCIÓN no ha aportado ninguna justificación objetiva para su conducta restrictiva de la competencia que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, pueda ser aceptada como razonable por el ordenamiento jurídico-económico. Dada su naturaleza de distribuidor sujeto a obligaciones legales, no cabe recurrir a los argumentos tradicionales basados en que la conducta constituye una respuesta comercial razonable y proporcionada que le permite, basándose en sus méritos, hacer frente a la oferta de sus competidores. De hecho, ENDESA DISTRIBUCIÓN ha alegado que su conducta ha venido subordinada a la normativa de protección de datos y a los procedimientos recomendados por la CNE. Ambas razones, por los motivos que se exponen en los Fundamentos de Derecho anteriores, deben desestimarse.

DECIMOQUINTO. En cuanto a la duración de las conductas, entiende este Consejo que el abuso se ha producido, cuando menos, desde la aprobación del Real Decreto 1454/2005, puesto que desde entonces resulta incuestionable la obligación de los distribuidores de dar a los comercializadores un acceso amplio y gratuito al SIPS, incluyendo procedimientos telemáticos, sin que tenga que mediar un desarrollo reglamentario y quedando enunciado el derecho de oposición de los clientes a la cesión de sus datos. Por otra parte y en el marco del mismo Plan de Dinamización que lleva a la aprobación del Real Decreto citado, el Gobierno aprobó el Real Decreto-Ley 5/2005, que tipificó como infracción muy grave el incumplimiento de la obligación de acceso. Por su parte, la práctica discriminatoria hay que situarla con anterioridad en el tiempo, por cuanto ENDESA DISTRIBUCION procedió a inscribir sus ficheros en el registro de la AEPD a finales de 2002, justo antes de la entrada en vigor el 1 de enero de 2003 de la total elegibilidad de los clientes.

Este Consejo considera que las prácticas ilícitas se han extendido hasta 2008, cuando la distribuidora ha procedido a dar acceso al SIPS a CENTRICA, como esta empresa ha admitido.

Debe desestimarse la alegación de la demandada de que el Consejo sólo puede declarar que la práctica ilícita se ha extendido hasta el momento de la formulación del PCH. Tal razonamiento carece de fundamento, puesto que supondría una suerte de exención de las infracciones desde la formulación del PCH hasta la Resolución, lo que resulta incoherente



con las atribuciones que la Ley 16/1989 confiere al ahora Consejo y con el propio propósito de la norma.

No considera el Consejo procedente acceder a la petición de CÉNTRICA de dictar unas diligencias para mejor proveer que permitan comprobar si los demás comercializadores están teniendo acceso a los datos SIPS de la distribuidora. ENDESA DISTRIBUCIÓN no ha negado en ningún momento que ha condicionado el acceso al SIPS con carácter general a todos los comercializadores, de la misma manera que ahora declara estar ofreciendo dicho acceso con carácter general. Los comercializadores son libres de poner de manifiesto ante la CNC, como lo ha hecho CENTRICA, los obstáculos que se encuentre en este proceso, sin que este Consejo deba velar por la defensa de los intereses comerciales individuales de las empresas. Todo ello sin perjuicio de que en aplicación de lo previsto en el artículo 9 de la Ley 16/1989 este Consejo pueda intimar a la empresa infractora a no reiterar prácticas como las identificadas u otras que pudieran tener un efecto equivalente.

DECIMOSEXTO. En la sección segunda del Capítulo I, del Título I, de la Ley 16/1989 se regulan las sanciones que puede imponer el Tribunal, distinguiendo entre intimaciones y multas sancionadoras. En cuanto a las primeras, el artículo 9 de la Ley 16/1989 establece que quienes realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el Tribunal para que cesen en las mismas y, en su caso, obligados a la remoción de sus efectos.

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

El 26 de febrero de 2009 ENDESA ha hecho públicos los resultados del ejercicio 2008, en el que ha facturado 12.632 millones de euros en España y Portugal y 21.728 millones de euros en global.

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

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



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

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

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

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

HA RESUELTO

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

SEGUNDO. Imponer a ENDESA DISTRIBUCIÓN una multa sancionadora de QUINCE MILLONES TRESCIENTOS MIL EUROS (15.300.000€) por la comisión de las conductas prohibidas.



TERCERO. Instar a ENDESA DISTRIBUCIÓN a que en lo sucesivo se abstenga de cometer prácticas como las sancionadas u otras equivalentes que puedan obstaculizar, directa o indirectamente, el acceso masivo e incondicionado al SIPS en los términos previstos en la normativa o puedan suponer una discriminación en contra de comercializadoras ajenas a su grupo.

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

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

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