

Id. Cendoj: 28079230062011100236
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 26/05/2011
Nº de Recurso: 229/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de mayo de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha

promovido Endesa Distribución Eléctrica S.L. y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº José Luís Guerrero

Tramoyeres, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de abril de 2009, siendo Codemandada Céntrica Energía S.L. y la cuantía del presente recurso de 15.300.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Endesa Distribución Eléctrica S.L. y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº José Luís Guerrero Tramoyeres, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de abril de 2009, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba,

practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diecinueve de mayo de dos mil once.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de abril de 2009.

Esta Resolución determina en su parte dispositiva:

" 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."

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

"ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA S.L.U. es una sociedad dedicada a la distribución de energía eléctrica, filial al 100% de ENDESA RED S.A. que a su vez es filial al 100% de ENDESA S.A. Consta en la página web del grupo que ENDESA RED

S.A. fue creada el 22 de septiembre de 1999 como culminación del proceso de integración de las compañías de distribución de ámbito territorial de ENDESA en España. ENDESA RED agrupa a ENDESA DISTRIBUCIÓN y a ENDESA OPERACIONES Y SERVICIOS COMERCIALES, S.L. Esta segunda sociedad desarrolla actividades de apoyo comercial a las compañías energéticas de ENDESA. En particular, según consta también en la página web, a ENDESA ENERGÍA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. En cualquier caso, para atender correctamente a su solicitud, dando cumplimiento u del Anexo 7 de la Orden ITC/3869/2007 (consumo de los dos últimos años naturales a contar desde la fecha de la consulta) debemos esperar, por razones

obvias, a que finalice el ciclo de lectura bimestral; es decir, en este caso y para facilitar los consumos correspondientes a los dos últimos años naturales, 2006 y 2007, debemos proceder a realizar la extracción correspondiente a partir del 29 de febrero de 2008..."

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

TERCERO : El ámbito de la presente litis podemos sintetizarlos, en los propios términos de la Resolución impugnada:

"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..."

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."

Por tanto los hechos que configuran la conducta infractora vieren referidos a la negativa al acceso completo e incondicionado al SIPS y a la transmisión de manera discriminatoria de información.

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

Se alega caducidad del expediente. El

artículo 56 de la Ley 16/1989

:

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

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

Lo dicho respecto de la

Ley 16/1989

, es también predicable del régimen establecido en la

Ley 15/2007

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

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

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

El artículo 6 de la Ley 16/1989

en

su redacción igualmente por

Ley 52/1999

establece : "1. a.- Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional. b.- De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares. 2. El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios y otras

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

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

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

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

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

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

han de tomarse en consideración, en principio y de manera preferente, los precios y costes que la empresa de que se trate aplique en el mercado de las

prestaciones minoristas. Únicamente cuando, habida cuenta de las circunstancias, no sea posible hacer referencia a dichos precios y costes, procede examinar los de los competidores que operan en ese mismo mercado, y

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

Para realizar dicha apreciación no son pertinentes, en principio:

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

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

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

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

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

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

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

Endesa Distribución reconoce abiertamente que ha condicionado el acceso a la información contenida en el SIPS. En efecto, Endesa Distribución no puso en marcha el SIPS hasta marzo de 2006 -el acceso telemático hasta octubre 2008- y desde entonces hasta 2006 ha requerido para que los comercializadores accedieran al mismo el CUPS, dato que forma parte del propio SIPS al que los comercializadores deben tener acceso, así como el NCA, un dato interno del sistema de contratación del distribuidor. El

Real Decreto 1435/2002, ni antes ni después de su modificación por el Real Decreto 1454/2005 establece que sea necesario aportar tales datos para asegurarse el acceso a la información del SIPS.... Sin embargo, precisamente una de las cosas que el legislador ha pretendido con esta normativa ha sido permitir a los comercializadores el acceso previo a la información para facilitar la realización de ofertas a clientes y reducir los costes de la comercialización... Esta filosofía se desprende tanto del informe 7/2005 de la CNE sobre la propuesta de RD por el que se adapta la normativa del sector eléctrico a lo dispuesto en el RDL 5/2005 de 11 de marzo reformas urgentes para el impulso de la productividad, como de la contestación de dicho órgano al requerimiento de información que le realiza la Dirección de Investigación con motivo de este expediente. La CNE expresa que la normativa pretende que los comercializadores tengan acceso a todos los datos del registro. El CUPS es uno de estos datos."

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

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

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

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

efectos de la LO de Protección de Datos, es la cuestión realmente discutida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

a. Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de

las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Su objeto en el artículo 1 :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tercero, el que el déficit de tarifa pueda debilitar en determinados periodos la competencia en el mercado no justifica que no se reduzcan los costes de cambio a los

clientes y de comercialización a los competidores como pretende el marco normativo liberalizador. De hecho, dados los escasos márgenes que, de acuerdo con la propia Endesa Energía se perciben en la actividad de comercialización, cualquier posible reducción de costes parece relevante. Especialmente si se trata de costes previos a la captación de clientes, que tienen carácter de hundidos.

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

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

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

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

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

Como ya ha manifestado, este Consejo es consciente de que las prácticas

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

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

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

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

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

Se observado por ello la proporcionalidad.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Endesa Distribución Eléctrica S.L. y en sus nombres y representaciones el Procurador Sr. Dº José Luís Guerrero Tramoyeres, frente a la Administración del Estado , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de abril de 2009 , debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución administrativa impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos , sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma.

Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.