



Roj: **SAN 3702/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3702**

Id Cendoj: **28079230042016100369**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/09/2016**

Nº de Recurso: **85/2015**

Nº de Resolución: **408/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000085 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00641/2015

Demandante: HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA MARTÍN VALERO

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D^a. **ANA MARTÍN VALERO**

Madrid, a veintiuno de septiembre de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **85/2015** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la entidad **HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L** representada por la Procuradora D^a Mercedes Caro Bonilla y asistida por el Letrado D. Roberto Sánchez Sánchez, frente a la Administración General del Estado, representada por la Abogacía del Estado, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 2 de diciembre de 2014, por la que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad por la denegación del acceso a su base de datos de puntos de suministro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 4 de febrero de 2015 contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión a trámite mediante decreto de fecha 26 de febrero de 2015, y con reclamación del expediente administrativo .



SEGUNDO.- Una vez recibido en esta Sala el expediente administrativo, se dio traslado a la parte actora para que formalizara demanda, lo que verificó mediante escrito presentado en fecha 10 de junio de 2016, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) dicte sentencia en la que, estimando el presente recurso contencioso administrativo: (i) Anule la resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 2 de diciembre de 2014, en la que se acuerda imponer a mi representada "una multa de setenta mil euros (70.000 euros) por la denegación del acceso a su base de datos de puntos de suministro, constitutivo de una infracción grave de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.21 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico"; o (ii) Subsidiariamente, y en aplicación del artículo 67.3 de la LSE, declare qué sanción a HEC deberá imponerse aplicando la escala prevista por la LSE para las sanciones leves>>.

TERCERO.- La Abogacía del Estado, contestó a la demanda mediante escrito presentado en fecha 28 de julio de 2015, interesando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y practicada a propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 14 de septiembre de 2016, fecha en que tuvo lugar.

QUINTO.- La cuantía del recurso se ha fijado en 70.000,00 €

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a **ANA MARTÍN VALERO**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L (HEC) interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 2 de diciembre de 2014, por la que se declara que dicha empresa es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.21 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, como consecuencia la denegación del acceso a su base de datos de puntos de suministro; y se le impone una sanción consistente en el pago de una multa de 70.000,00 €..

SEGUNDO.- El procedimiento sancionador se incoó como consecuencia de sendas denuncias formuladas por la Oficina de Cambios de Suministrador (OCSUM, S.A) y la empresa comercializadora Watium, S.L en fechas 20 de noviembre de 2013 y 30 de enero de 2014, respectivamente, poniendo de manifiesto que se había solicitado (telefónicamente, por correo electrónico y por burofax) el acceso a la base de datos de puntos de suministro de la empresa distribuidora Hidroeléctrica El Carmen, S.L, no pudiendo, pese a los intentos efectuados, acceder a la misma por falta de respuesta de dicha distribuidora.

La resolución impugnada considera probados los siguientes hechos:

1.- Hidroeléctrica El Carmen, S.L. ha venido denegando a OCSUM el acceso a su base de datos de puntos de suministro desde septiembre de 2013 hasta abril de 2014.

Este hecho lo estima acreditado por las siguientes circunstancias:

a) Las múltiples comunicaciones efectuadas por OCSUM solicitando acceder a la base de datos de Hidroeléctrica El Carmen, y la falta de atención a estas solicitudes, la demora en la respuesta o el establecimiento de obstáculos para el acceso:

.-El 5 de septiembre de 2013 y el 26 de septiembre de 2013, OCSUM se dirigió por correo electrónico a Hidroeléctrica El Carmen para solicitar el acceso a la base de datos de puntos de suministro. Esos correos electrónicos no reciben respuesta hasta el 25 de noviembre de 2013, tras diversas gestiones telefónicas efectuadas por OCSUM.

El envío de tales correos electrónicos (5 de septiembre de 2013 y 26 de septiembre de 2013) es manifestado por OCSUM (folio 1 del expediente administrativo) y es reconocido por la propia Hidroeléctrica El Carmen, pues esta propia empresa los aporta (folio 43 del expediente administrativo): al adjuntar a la CNMC su respuesta de 25 de noviembre, incorpora la cita de los mensajes a los que se da respuesta (los de 5 y 26 de septiembre de 2013).

Así, pues, durante casi dos meses (entre el 5 de septiembre de 2013 y el 25 de noviembre de 2013), Hidroeléctrica El Carmen no dio contestación a la solicitud de acceso a su base de datos, efectuada por OCSUM.

Estos hechos son independientes de que el burofax enviado adicionalmente el día 30 de septiembre de 2013 por OCSUM fuera entregado al portero de la oficina, pues, como se ha señalado, queda acreditado que hubo al menos dos comunicaciones previas de OCSUM a Hidroeléctrica El Carmen, de las que esta empresa era



consciente (las aporta la propia Hidroeléctrica El Carmen), y que no habían sido atendidas. No discute tampoco Hidroeléctrica El Carmen "las conversaciones telefónicas" a que alude OCSUM (folio 1 del expediente), las cuales -previamente al envío del burofax- se mantuvieron a instancias de OCSUM para reiterar su solicitud de acceso a la base de datos, ante la falta de respuesta a la comunicación por correo electrónico.

- Las claves remitidas inicialmente el día 25 de noviembre de 2013 por parte de Hidroeléctrica El Carmen a OCSUM, para acceder a la base de datos, eran incorrectas. Aunque el error se corrige el propio día 25 de noviembre (a raíz de que OCSUM se lo requiere así a Hidroeléctrica El Carmen; ver folio 47), la base de datos no muestra información alguna sobre los puntos de suministro de Hidroeléctrica El Carmen (sólo hay 4 archivos en blanco; folio 53 del expediente).

-A pesar de que Hidroeléctrica El Carmen se compromete a avisar a OCSUM cuando solucione la incidencia expuesta ("He enviado la consulta a Cide [la Asociación de la que Hidroeléctrica El Carmen es asociado] en cuanto tenga la solución os informo"; folio 53 del expediente), Hidroeléctrica El Carmen no volvió a entablar contacto con OCSUM. Así lo manifiesta OCSUM, que, en escrito de 7 de abril de 2014 (folio 81) indica que: "OCSUM no ha tenido conocimiento de actuación alguna por parte de Hidroeléctrica El Carmen, S.L. ni de que la incidencia que indican se haya solucionado o tratado". Lo reconoce también la propia Hidroeléctrica El Carmen, que trata de justificar su falta de comunicación en el hecho de que OCSUM no había vuelto a ponerse en contacto con ella; sin embargo, ello se contradice con la expresa manifestación efectuada por Hidroeléctrica El Carmen el 25 de noviembre de 2013 en el sentido de que, cuando la incidencia se solucionara, informaría de forma inmediata a OCSUM ("en cuanto tenga la solución os informo").

b) La coincidencia entre la actuación llevada a cabo por Hidroeléctrica El Carmen respecto a OCSUM con la seguida por esa misma empresa respecto de la comercializadora Watium:

El mismo tipo de actuaciones por parte de Hidroeléctrica El Carmen que denuncia OCSUM (demora en la contestación, falta de respuesta y establecimiento de obstáculos para el acceso) es denunciado por la comercializadora Watium. Esta empresa comercializadora, con carácter previo a los intentos de acceso de OCSUM (en concreto, desde el 3 de julio de 2013; ver folios 30 y 31 del expediente), intentó acceder por su parte (y al amparo del derecho que al efecto asiste también a las empresas comercializadoras) a la base de datos de Hidroeléctrica El Carmen, solicitando finalmente la intervención de OCSUM, por motivo de no ver atendida su solicitud de acceso. Así lo relata Watium en el escrito presentado el 30 de enero de 2014 ante la CNMC (folios 20 a 32), enmarcando lo sucedido con respecto al acceso a la base de datos de Hidroeléctrica El Carmen con otras actuaciones de carácter muy semejante llevadas a cabo por esa empresa distribuidora.

Asimismo, estas actuaciones estarían en línea con la falta de respuesta por parte de Hidroeléctrica El Carmen al escrito remitido por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en el que se denunciaba la negativa al acceso a la base de datos de puntos de suministro: El 12 de diciembre de 2013, a raíz de denuncia recibida de OCSUM, el Subdirector General de Energía Eléctrica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo dirige escrito a Hidroeléctrica El Carmen trasladándole copia de la denuncia de OCSUM sobre negativa de esa empresa distribuidora al acceso a su base de datos de puntos de suministro (folios 73 a 75 del expediente). Hidroeléctrica El Carmen no dio ninguna respuesta a este escrito, ni tampoco procedió, a raíz del mismo, a ponerse en contacto con OCSUM para facilitar el acceso a su base de datos. Así lo reconoce la propia Hidroeléctrica El Carmen, que trata, sin embargo, como ya se ha indicado, de justificar su actuación en el hecho de que OCSUM no había vuelto a ponerse en contacto con ella; no obstante, como se señaló, ello se contradice con la expresa manifestación efectuada por Hidroeléctrica El Carmen el 25 de noviembre de 2013 en el sentido de que, cuando la incidencia se solucionara, informaría a OCSUM.

Ha existido, por tanto, una denegación (y una denegación intencionada) de Hidroeléctrica El Carmen al acceso de OCSUM a su base de datos de puntos de suministro, la cual se ha mantenido entre septiembre de 2013 y abril de 2014. El carácter intencionado que ha tenido la conducta de Hidroeléctrica El Carmen consistente en impedir el acceso a su base de datos de puntos de suministro (como herramienta establecida al objeto de favorecer los cambios de suministrador) está en relación con el beneficio directo que esta empresa obtiene de la conducta: La conducta desarrollada evita perder el control que el grupo empresarial tiene sobre los consumidores conectados a su red de distribución. En efecto, conforme a los datos aportados por el Operador del Sistema, de los 7.990 consumidores que aproximadamente están conectados a la red de distribución de Hidroeléctrica El Carmen, S.L., 7.880 son comercializados por la comercializadora Hidroeléctrica El Carmen Energía, S.L. (ver folios 89 a 92 del expediente).

2.- Hidroeléctrica El Carmen, S.L. ha rectificado su actuación por motivo de la incoación del presente procedimiento sancionador.



Sólo una actuación administrativa enmarcada en el ámbito de un procedimiento de carácter sancionador ha llevado a Hidroeléctrica El Carmen a rectificar su actuación. De este modo, el 10 de abril se ha procedido a dar acceso a OCSUM a la base de datos (folio 84 del expediente).

Esta admisión final del acceso se produce en respuesta al nuevo burofax que fue enviado por OCSUM en el marco del procedimiento sancionador (folio 83 del expediente). Dicho burofax se envía por OCSUM a requerimiento de la CNMC, ante la manifestación efectuada por Hidroeléctrica El Carmen en sus alegaciones al procedimiento sancionador de que "la información está a disposición tanto de OCSUM como de cualquier otro comercializador que lo solicite", manifestación que en ningún momento se había dirigido a OCSUM con carácter previo (tal y como Hidroeléctrica El Carmen reconoce en sus alegaciones; folio 41 del expediente).

TERCERO.- La demanda su sustenta en los siguientes motivos de impugnación:

1.- Los hechos probados en los que se basa la resolución recurrida no se ajustan a la realidad por las siguientes razones: HEC no demoró intencionadamente ni puso obstáculos para el acceso de Watium y la OCSUM a su base de datos de puntos de suministro; es rotundamente falso que HEC no diese repuesta al escrito remitido por la SGEE el 12 de diciembre de 2013; HEC no ha podido, en ningún caso, denegar intencionadamente el acceso a su base de datos de puntos de suministro, pues no tiene capacidad de gestión o bloqueo sobre los equipos y programas informáticos que controlan el acceso a la misma; no ha sido necesaria la intervención administrativa para que HEC diese acceso a su base de datos de puntos de suministro: esta información estaba disponible desde el 30 de noviembre de 2013 tanto para Watium como para OCSUM.

2.- HEC no ha incumplido su obligación de permitir el acceso a su base de datos de puntos de suministro: la resolución recurrida infringe el principio de tipicidad.

3.- La resolución recurrida vulnera los principios de culpabilidad y presunción de inocencia: HEC no ha "denegado intencionadamente" el acceso a su base de datos de puntos de suministro, puesto que: No tiene capacidad de gestión o bloqueo sobre los activos informáticos que controlan el acceso a dicha base de datos; La presunta "culpabilidad a título intencionado o doloso" de HEC y las "aparentes coberturas a su conducta denegatoria" no han sido probadas en la resolución recurrida; La sanción impuesta a HEC en la resolución recurrida no es compatible con el principio de proporcionalidad ni con los criterios de graduación de las sanciones previstos en la LSE.

CUARTO.- El artículo 41.1 m) de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico establecía como una de las obligaciones de las empresas distribuidoras "Mantener actualizada su base de datos de puntos de suministro, y facilitar a la Oficina de Cambios de Suministrador la información que se determine reglamentariamente"; y esta misma obligación se mantiene en el artículo 40.2.m) la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico, en los siguientes términos: "Mantener actualizada su base de datos de puntos de suministro, y facilitar la información de acuerdo a lo que se determine reglamentariamente".

En este sentido, 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, dispone en su artículo 7.2 :

"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 la Oficina de Cambios de Suministrador, los consumidores, y los comercializadores de energía eléctrica.

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, de acuerdo con lo establecido en la norma reguladora de su funcionamiento, 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.

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".

Pues bien, el incumplimiento de esta obligación constituye una infracción grave que se encontraba tipificada en el artículo 61.a) 14 de la Ley 54/1997: "El incumplimiento, por parte de los distribuidores o comercializadores, 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"; y actualmente se mantiene en el artículo 65.21 Ley 24/2013, del Sector Eléctrico: "El incumplimiento, por parte de los distribuidores o comercializadores, de las obligaciones 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, de permitir el acceso a la misma, 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".

QUINTO.- En el supuesto que nos ocupa ha quedado acreditado que la entidad recurrente, HIDROELÉCTRICA DEL CARMEN, S.L, no permitió el acceso a su base de datos de puntos de suministro solicitado por la comercializadora Watium y por OCSUM (Oficina de Cambios de Suministrador), guardando silencio ante las peticiones efectuadas por las mismas hasta el 25 de noviembre de 2013 en que, si bien remite a la OCSUM las claves de acceso a la base de datos, ese acceso es infructuoso, ya que tampoco permitió la consulta de la base de datos al estar vacía (con los archivos en blanco), como consecuencia de un problema técnico, según informó dicha distribuidora a OCSUM. HEC se comprometió, entonces, a informar a OCSUM cuanto estuviera solucionado el problema, lo que no realizó ni siquiera cuando, el 12 de diciembre de 2013, recibió el escrito del Ministerio trasladándole la denuncia de OCSUM. No fue hasta el 14 de abril de 2014, a raíz de un nuevo burofax remitido por OCSUM, cuando finalmente ésta pudo acceder a la base de datos.

Alega la recurrente que no pudo denegar intencionadamente el acceso a su base de datos de puntos de suministro porque no tiene capacidad de gestión o bloqueo sobre los equipos y programas informáticos que controlan el acceso a la misma, ya que tiene cedida la gestión de su base de datos de puntos de suministro a CIDE. Ahora bien, ello le exime de la obligación que le corresponde, como distribuidora, de mantener una base de datos de todos los puntos de suministro y permitir el acceso a la misma, pues, en todo caso, y aunque la gestión de la base de datos se la haya encomendado a CIDE, corresponde a HEC, introducir los datos sobre sus puntos de suministro y mantenerlos actualizados, así como facilitar las claves para acceder a esa base de datos, tal y como realizó posteriormente; pero lo que no puede hacer es ignorar tales peticiones y guardar silencio ante las mismas.

Manifiesta también que no fue necesaria la intervención administrativa para que HEC diese acceso a su base de datos de puntos de suministro, puesto que esa información estaba disponible desde el 30 de noviembre de 2013, tanto para Watium como para OCSUM. Pero, aunque ello hubiera sido así, esa circunstancia no fue comunicada a dichas entidades, tal y como se había comprometido a hacer, hasta ya iniciado el procedimiento sancionador, según ha quedado acreditado.

Por tanto, hemos de concluir que la recurrente incurrió en la conducta tipificada en los artículos 41.1 m) de la Ley 54/1997, y 40.2.m) de la Ley 24/2013, ambas del Sector Eléctrico. Y aunque se considerara que desde el 30 de diciembre de 2013 dichas entidades pudieran haber accedido a la base de datos, existe un periodo anterior a esa fecha en que ese acceso no fue posible por causa únicamente imputable a la recurrente que omitió toda respuesta ante las solicitudes formuladas, no atendió a tales solicitudes, ni puso de manifiesto circunstancia justificada alguna que le impidiera facilitar ese acceso.

Así, según consta en el expediente, la comercializadora Watium formuló varias solicitudes de acceso a HEC mediante correos electrónicos de fechas 3 de julio de 2013, 5 de julio de 2013 y 10 de julio de 2013 y un escrito de 6 de agosto de 2013 (folios 30 a 34 del expediente administrativo), ninguno de los cuales obtuvieron respuesta. Ante ello, envió una carta a OCSUM para que solicitara el acceso en su nombre. Como consecuencia, OCSUM envió un correo electrónico a HEC el 5 de septiembre de 2013 solicitando realizar la descarga de la base de datos de CUPS (Código Unificado de Puntos de Suministro), que tampoco fue atendido, siendo reiterada la petición mediante burofax enviado el 30 de septiembre de 2013. Y no fue hasta el 25 de noviembre de 2013, cuando le facilitó las claves para poder acceder a la base de datos si bien, intentado el acceso, la misma estaba vacía. HEC indica entonces a OCSUM que había enviado una consulta a CIDE y que cuando tuviera la solución le informaría, lo que no realizó.

Y esa omisión no puede ser considerada sino intencionada o culpable, pues la recurrente no ha dado una respuesta satisfactoria a las razones por las cuales no atendió a dichos requerimientos de acceso durante todo ese tiempo.

Manifiesta que desde el 30 de septiembre de 2013 pensó que el problema estaba solucionado y que por eso no se puso de nuevo en contacto con OCSUM, pero no es atendible esta justificación cuando el 12 diciembre de 2013 recibe el escrito del Ministerio dándole traslado de la denuncia de OCSUM sobre su negativa al acceso a su base de datos, con lo que podía suponer que OCSUM no tenía conocimiento de que el problema se había



solucionado y ya era posible el acceso; y ni siquiera a raíz de recibir dicho escrito se pone en contacto con OCSUM para informarle de tal circunstancia, según se había comprometido.

SEXTO.- La actora considera, asimismo, que la sanción impuesta no respeta el principio de proporcionalidad ni los criterios de graduación de las sanciones previstos en los artículos 63 y 67.3 de la LSE .

En relación con esta alegación hay que señalar que la cuantía de la sanción impuesta queda justificada en la resolución impugnada en los siguientes términos:

<< La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, prevé en su artículo 67 una multa no inferior a 600.000 de euros ni superior a 6.000.000 de euros para las infracciones graves; si bien, indica que la sanción no podrá superar el 10% del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor. Por lo demás, las infracciones graves pueden llevar aparejadas determinadas sanciones accesorias que se especifican en el artículo 68.2.

En lo que se refiere a ese límite relativo al importe neto de la cifra de negocios, de acuerdo con las últimas cuentas depositadas en el Registro Mercantil, el importe neto de la cifra de negocios de Hidroeléctrica El Carmen, S.L. en 2013 fue de 2.093.853,59 euros. En 2012, fue de 2.252.808,91 euros, y en 2011, de 2.082.776,59 euros.

Adicionalmente, el apartado 4 del artículo 67 de la Ley 24/2013 obliga a valorar las siguientes circunstancias para determinar la cuantía de la sanción:

"4. En todo caso, la cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) El peligro resultante de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente.*
- b) La importancia del daño o deterioro causado.*
- c) Los perjuicios producidos en la continuidad y regularidad del suministro.*
- d) El grado de participación en la acción u omisión tipificada como infracción y el beneficio obtenido de la misma.*
- e) La intencionalidad en la comisión de la infracción y la reiteración en la misma.*
- f) La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma entidad cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.*
- g) El impacto en la sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico.*
- h) Cualquier otra circunstancia que pueda incidir en el mayor o menor grado de reprobabilidad de la infracción."*

Con respecto a estas circunstancias, la conducta de Hidroeléctrica El Carmen, S.L. no ha implicado un peligro para la vida o salud de las personas, la seguridad de las cosas o el medio ambiente, ni la existencia de perjuicios en la continuidad y regularidad del suministro, ni tampoco ha tenido impacto en la sostenibilidad económica del sistema. Ha de valorarse, sin embargo, que se trata de una conducta intencionada desplegada con el objetivo de obstaculizar una herramienta establecida al servicio de la competencia en el segmento del suministro de electricidad a los consumidores. Asimismo, debe tenerse en cuenta el hecho de que la conducta se ha desarrollado -por lo menos, en lo que ha afectado a OCSUM- durante unos siete meses (desde principios de septiembre de 2013 hasta principios de abril de 2014). Finalmente, ha de tomarse en consideración que el infractor ha rectificado su actuación.

En razón de las circunstancias concurrentes en el presente caso, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 67.3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, e imponer la sanción por debajo del límite de los 600.000 euros previsto como límite mínimo de las infracciones graves.

A la vista de cuanto antecede, se considera procedente proponer una multa de 70.000 (setenta mil) euros, cuantía que, adicionalmente, se encuentra dentro del límite del 10% del importe neto de la cifra de negocios del sujeto infractor, antes mencionada>> .

Al respecto, cabe recordar que el artículo 67.3º dispone que: "Si, en razón de las circunstancias concurrentes, se apreciara una cualificada disminución de la culpabilidad del infractor o de la antijuridicidad del hecho, o si atendida la situación económica del infractor, en razón de su patrimonio, de sus ingresos, de sus cargas familiares y de las demás circunstancias personales que resulten acreditadas, la sanción resultase manifiestamente desproporcionada, el órgano sancionador podrá determinar la cuantía de la sanción aplicando la escala correspondiente a la clase o clases de infracciones que precedan en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate".

Por tanto, el órgano sancionador, al aplicar este artículo 67.3º LSE, ya ha tenido en consideración que la sanción que correspondería aplicar para las infracciones graves, cuya cuantía mínima es de 600.000 €, resultaba



desproporcionada en atención a las circunstancias concurrentes y ha impuesto la sanción en una cuantía prevista para las infracciones leves, inferior a la que correspondería a la infracción cometida, tipificada como grave, reduciendo así esa cuantía hasta los 70.000 €. En consecuencia, no puede afirmarse que haya vulnerado dicho precepto, ni el principio de proporcionalidad, pues las dos circunstancias que invoca la recurrente no son suficientes para reducir aún más la sanción.

En este sentido, afirma que ha de apreciarse culpa concurrential en Watium y OCSUM, puesto que pudieron acceder a la información solicitada desde el 30 de noviembre de 2013 y no lo hicieron. Pero ello no puede atribuirse a la pasividad y falta de diligencia de las mismas, cuando la actora no les comunicó que el problema detectado el 25 de noviembre de 2013 ya estaba solucionado y era posible el acceso, tal y como se había comprometido. En todo caso, esa circunstancia no desvirtuaría el hecho de que desde el 3 de julio de 2013, en que Watium remitió el primer correo electrónico hasta esa fecha, no puede imputarse culpa alguna a tales entidades, sino a la recurrente que no atendió a las peticiones de acceso sin causa que lo justifique, a pesar de que fueron reiteradas en varias ocasiones

Y en cuanto al hecho de que HEC haya cumplido finalmente su obligación, ya ha sido tenido en cuenta en la resolución impugnada para graduar la cuantía de la sanción que, como se ha dicho, de la cuantía mínima para las infracciones graves, 600.000 €, ha quedado reducida a 70.000 €.

En virtud de todo lo expuesto, procede desestimar el recurso.

SÉPTIMO.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la LRJCA , procede imponer las costas a la parte recurrente cuyas pretensiones son desestimadas.

Vistos los preceptos legales citados,

FALLAMOS

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo nº **85/2015** interpuesto por la representación procesal de **HIDROELÉCTRICA EL CARMEN, S.L** contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de fecha 2 de diciembre de 2014, por la que se declara que dicha empresa es responsable de una infracción grave, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65.21 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico , como consecuencia la denegación del acceso a su base de datos de puntos de suministro; y se le impone una sanción consistente en el pago de una multa de 70.000,00 €.

Con imposición de costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, la Secretario, doy fe.