

RESOLUCIÓN (Expte. 580/04, Gas Natural)

Pleno

Excmos. Sres.:

D. Gonzalo Solana González, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Voal
D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 16 de junio de 2005

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición arriba expresada y siendo Ponente el Sr. Huerta Trolèz, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 580/04 (nº 2430/02 del Servicio de Defensa de la Competencia), iniciado por denuncia formulada por la Comisión Nacional de la Energía en relación con un contrato celebrado entre las empresas Enagás, S.A. y Gas Natural Comercializadora, S.A., integradas en el Grupo Gas Natural, por conductas supuestamente prohibidas por los artículos 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado de la Unión Europea, consistentes en abuso de posición dominante.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- El 22 de noviembre de 2002 la Comisión Nacional de la Energía (CNE) remitió al Servicio un escrito de denuncia mediante el que le comunicaba la existencia de indicios de supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en relación con el contrato firmado el 27 de julio de 2001 entre Enagás, S.A. y Gas Natural Comercializadora, S.A., consistentes en un supuesto abuso de la posición de dominio que ostentaría el Grupo Gas Natural en las actividades de transporte, distribución y comercialización de gas natural mediante la obstaculización, por vía contractual, del acceso de terceros a la capacidad de regasificación, acceso esencial para el suministro de gas natural en el mercado español (folios 1 y 233 a 300).

- 2.- El Servicio, una vez llevadas a cabo las comprobaciones oportunas mediante la práctica de una información reservada, procedió a la incoación del expediente 2430/2002 por Providencia de 31 de marzo de 2003, llevando a cabo los actos de investigación que estimó oportunos y los solicitados por las partes interesadas. Los hechos que se consideraron constitutivos de infracción se recogieron en el Pliego de Concreción de Hechos, formalizado el 15 de octubre de 2003, que concluyó que el contrato de regasificación firmado el 27 de julio de 2001 por Gas Natural Comercializadora y Enagás y modificado el 27 de marzo de 2003 supone un abuso de la posición de dominio que ostenta el Grupo Gas Natural en el mercado gasista peninsular, en particular, una infracción de los artículos 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado de la Unión Europea.
- 3.- Una vez concluida la instrucción, emitió Informe-Propuesta a este Tribunal, en el que, de conformidad con el Pliego de Concreción de Hechos, calificaba los hechos como constitutivos de una infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado de la Unión Europea, por abuso de posición de dominio en el contrato de reserva de capacidad de regasificación suscrito por GNC y Enagás el 27 de julio de 2001, del que considera responsable al Grupo Gas Natural.
- 4.- Recibido el Expediente en el Tribunal, el Pleno del mismo, por medio de Providencia de 2 de julio de 2004, acordó su admisión a trámite y su puesta de manifiesto a los interesados para que en el plazo legal puedan proponer las pruebas que a su derecho convengan y solicitar la celebración de vista, lo que se comunicó al Servicio y se notificó a los interesados.

La empresa Gas Natural SDG presentó escrito solicitando aclaración sobre su posición en el procedimiento que fue contestado mediante Providencia de Pleno, de fecha 30 de septiembre de 2004, en la que se la ponía de manifiesto su cualidad de imputada en el expediente y se respondía a sus alegaciones de indefensión.

Gas Natural SDG, como los demás interesados, presentó escrito proponiendo la práctica de las pruebas que estimó procedentes en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

- 5.- Una vez practicadas las pruebas, mediante Providencia de 22 de abril de 2005, se concedió a los interesados los plazos legales sucesivos

para su valoración y para la presentación de sus escritos de conclusiones.

6.- El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 8 de junio de 2005.

7.- Son interesados:

- Gas Natural SDG, S.A. y su filial Gas Natural Comercializadora S.A.
- Enagás S.A.
- Endesa S.A.
- Iberdrola Gas S.A.U.

HECHOS PROBADOS

1.- El Grupo Gas Natural es un grupo de empresas que participan en diversos mercados del sector energético, principalmente en el de gas natural, cuya cabecera es la empresa Gas Natural SDG y de la que en el mes de julio de 2001 formaban parte, entre otras, las sociedades Gas Natural Comercializadora S.A. y Enagás S.A., ambas en aquel momento propiedad al 100% de la empresa matriz Gas Natural SDG.

Enagás era el titular de un conjunto integrado de instalaciones gasistas que incluían plantas de recepción, almacenamiento y regasificación de gas natural licuado, gaseoductos de transporte e instalaciones de almacenamiento extendidas por el territorio peninsular español, teniendo el conjunto de esas instalaciones la consideración legal de Red Básica de gas natural, que le atribuía el artículo 59 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, mientras que Gas Natural Comercializadora S.A. se dedicaba a las funciones de comercialización, para lo que disponía de las autorizaciones y habilitaciones legales pertinentes.

2.- El día 27 de julio de 2001 las empresas Gas Natural Comercializadora S.A. y Enagas S.A. firmaron un contrato a largo plazo de prestación de servicios de regasificación de gas natural licuado, procedente de contratos de aprovisionamiento de larga duración y sujetos a compromisos *take or pay* y cuyo objeto es la reserva a favor de Gas Natural Comercializadora S.A. de una determinada capacidad de regasificación en las plantas propiedad de Enagás, con la particularidad de que la capacidad reservada se destinaría, en primer lugar, a

suministrar a Enagás el gas natural necesario para atender a las necesidades del mercado regulado en España, deslizándose la capacidad reservada sobrante a disposición de Gas Natural Comercializadora S.A. para su venta en el mercado libre.

- 3.- En virtud de dicho contrato de regasificación, durante el año 2002 Enagás disfrutó de una capacidad de gas regasificado superior a la que necesitaba para atender las necesidades del mercado regulado, por lo que el exceso sobrante quedaba en manos de Gas Natural Comercializadora S.A. en lugar de ponerse a disposición de todos los agentes autorizados por la Ley, como otros comercializadores, consumidores cualificados y transportistas, en igualdad de condiciones. Enagás era titular, al tiempo de la firma del contrato, de las tres únicas plantas de regasificación que entonces existían en España peninsular.
- 4.- En ejecución de lo dispuesto por el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, que establece que ninguna persona física o jurídica puede participar en el accionariado de Enagás en una proporción superior al 35% de su capital social o de sus derechos de voto, el 26 de junio de 2002 finalizó el proceso de Oferta Pública de Venta de Enagás, con la venta del 59,1% de su capital.
- 5.- El 27 de marzo de 2003 GNC comunicó a Enagás que había decidido hacer uso de la facultad de liberación de capacidad prevista en la disposición transitoria décima del Real Decreto 1434/2002 de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural y procedía a suprimir los expositivos tercero y cuarto y el anexo 3 y a modificar el anexo 2 del contrato de regasificación de 27 de julio de 2001. Ello significaba que se abandonaba el mecanismo de deslizamiento y se contrataba en firme a lo largo del período contractual de quince años cierta capacidad fija de regasificación. Estas modificaciones entraron en vigor el 1 de abril de 2003.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Los hechos declarados probados en esta Resolución se encuentran acreditados documentalmente en las actuaciones. Así, el contrato

de deslizamiento (folios 441 a 466) y su modificación de 2003 (fol. 510) aparecen reproducidos en el expediente y su existencia y contenido no han sido negados por ninguna de las partes. De la misma manera, las cantidades de capacidad de regasificación reservadas por el contrato deslizante a favor de Enagás y las cantidades no utilizadas por ésta y deslizadas, por lo tanto, en beneficio de Gas Natural Comercializadora, figuran detalladas en la información documental suministrada tanto por Gas Natural Comercializadora (folio 587 de la parte del expediente declarada confidencial) como por Enagás (folio 624 de la misma parte confidencial) y se refiere a ellas de manera explícita la versión confidencial del Informe Propuesta (pág. 4 y 5 del mismo). Si dichas cifras no se muestran en la versión no confidencial, es porque se trata en todo caso de datos aportados por las propias empresas firmantes del contrato cuyo contenido es objeto de este expediente, que se han mantenido confidenciales como protección de los secretos comerciales de estas mismas empresas, evitando que puedan ser conocidos por los demás interesados, cuando no existe necesidad de ello, y sobre los que las aportantes no han solicitado su publicidad en ningún momento de la tramitación del expediente.

SEGUNDO.- El mercado del gas natural es un mercado fuertemente regulado, tanto por tratarse de un producto esencial para el desenvolvimiento de la vida de los ciudadanos y empresas, como por razón de su próximo pasado monopolístico, encontrándose inmerso en España en un proceso de liberalización propiciado y alentado por la política comunitaria.

Así, la Directiva 98/30/CE del Parlamento y del Consejo, de 22 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural señala en su considerando primero que “el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada; que es importante adoptar medidas destinadas a continuar la realización del mercado interior” y su considerando tercero añade que “el establecimiento de un mercado del gas natural competitivo constituye un elemento importante de la consecución del mercado interior de la energía”. En cuanto al acceso a la red, los considerandos vigésimo tercero y vigésimo cuarto establecen que debe tener un carácter abierto y conducir a un nivel suficiente de apertura de los mercados y debe realizarse de conformidad con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios.

Esta Directiva se transpuso al ordenamiento jurídico español con la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, que establece un

nuevo modelo de mercado liberalizado para el gas natural, de acuerdo con los principios y reglas comunes de la Directiva Europea 98/30/CE.

El artículo 61.1 dispone en relación con las adquisiciones de gas que “podrán adquirir gas natural para su consumo en España:

- Los transportistas para su venta a otros transportistas, así como a los distribuidores que estuvieran conectados a sus redes para atender suministros a tarifa a consumidores no cualificados.
- Los comercializadores para su venta a los consumidores cualificados o a otros comercializadores.
- Los consumidores cualificados”.

Destaca el artículo 70 de la LSH relativo al acceso a las redes de transporte. El apartado 1 establece que “los titulares de las instalaciones (de transporte) deberán permitir la utilización de las mismas a los consumidores cualificados, a los comercializadores y a los transportistas que cumplan las condiciones exigidas, mediante contratación separada o conjunta de los servicios de transporte, regasificación y almacenamiento, sobre la base de los principios de no discriminación, transparencia y objetividad”.

La Ley 34/1998 fue modificada en el año 2000 por el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios. En la exposición de motivos se señala que “se adelanta el calendario de liberalización, con lo que la apertura del mercado será del 72 por 100 a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley y completa para todos los consumidores el 1 de enero de 2003”.

Los artículos 7 y 10 de este Real Decreto-Ley se refieren al Gestor Técnico del Sistema, “que será aquel transportista que sea titular de la mayoría de las instalaciones de la red básica de gas natural, tendrá la responsabilidad de la gestión técnica de la Red Básica y de las redes de transporte secundario” (artículo 7.1). “La entidad Enagas, Sociedad Anónima, tendrá la consideración de Gestor técnico del sistema gasista. Ninguna persona física o jurídica podrá participar directa o indirectamente en el accionariado de Enagas, Sociedad Anónima, en una proporción superior al 35 por 100 del capital social o de los derechos de voto de la entidad” (artículo 10).

Posteriormente, como desarrollo de la Ley 34/1998, en el año 2001 se aprueba el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el derecho de acceso de terceros a las instalaciones. El artículo 4 recoge los sujetos que tienen derecho de acceso a las instalaciones del sistema gasista. “En los términos y condiciones establecidos en el presente Real Decreto tienen derecho de acceso a las instalaciones del sistema gasista los siguientes sujetos:

- a) Los consumidores cualificados, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

- b) Los comercializadores para la venta de gas a consumidores cualificados o a otros comercializadores.

- c) Los transportistas para la venta de gas a otros transportistas o a los distribuidores para atender suministros a tarifas”.

En cuanto a las solicitudes de acceso a las instalaciones gasistas, el artículo 5.1 establece que “los sujetos que quieran ejercer el derecho de acceso a plantas de regasificación y a almacenamientos deberán remitir una petición formal de reserva de capacidad a los titulares de dichas instalaciones con indicación del calendario y programa de utilización.

Los sujetos con derecho de acceso que quieran ejercer el mismo a las instalaciones de transporte y distribución, deberán remitir una petición formal de reserva de capacidad a los titulares de las instalaciones a las que estén conectados los puntos de entrada del gas natural al sistema de transporte y distribución, con indicación de los puntos de salida del mismo, así como el calendario de utilización previsto. (...)

Las solicitudes de acceso, para el mercado liberalizado, se resolverán atendiendo al orden cronológico de recepción de la petición formal”.

El apartado 2 del artículo 5 continúa: “Los titulares de las instalaciones que hayan recibido una petición formal de acceso deberán, en el plazo máximo de seis días hábiles, remitirla al gestor técnico del sistema, quien analizará las posibilidades del conjunto del sistema, y a los titulares de las instalaciones donde estén conectadas los puntos de entrega del gas natural, junto con la evaluación de la prestación del servicio de sus propias instalaciones, para que éstos, en el plazo máximo de doce días hábiles,

emitan un informe sobre la viabilidad del servicio solicitado, en el que se incluirán las posibles alternativas en caso de imposibilidad de la prestación solicitada. La no remisión de los informes en los plazos establecidos supondrá la aceptación de la solicitud por los sujetos que deberían remitirlos.

En el plazo máximo de veinticuatro días hábiles, a partir de la petición formal de acceso, el titular de la instalación deberá dar respuesta al solicitante, aceptando o rechazando motivadamente la solicitud formulada. En caso de rechazo deberá comunicarse la decisión a la Dirección General de Política Energética y Minas y a la Comisión Nacional de Energía en el mismo plazo (...).”

El Real Decreto 949/2001 desarrolla en su artículo 8 las causas de denegación del acceso de terceros a las instalaciones gasistas: “Podrá denegarse el acceso de terceros a las instalaciones únicamente cuando concorra alguno de los siguientes supuestos:

a) La falta de capacidad disponible durante el período contractual propuesto por el contratante.

b) Previa conformidad de la Comisión Nacional de Energía, cuando la empresa suministradora de gas, directamente o por medio de acuerdos con otras empresas suministradoras, o aquellas a las que cualquiera de ellas esté vinculada, radiquen en un país en el que no estén reconocidos derechos análogos y se considere que pueda resultar una alteración del principio de reciprocidad para las empresas a las que se requiere el acceso, ello sin perjuicio de los criterios a seguir respecto de empresas de Estados miembros de la Unión Europea conforme a la legislación uniforme en la materia que ésta establezca.

c) Cuando existan dificultades económicas y financieras graves que pudieran derivarse de la ejecución de los contratos de compra garantizada, en las condiciones establecidas en el artículo siguiente”.

El artículo 9 establece que “a los efectos de lo previsto en el párrafo c) del artículo 8 si una empresa que aprovisiona gas natural al sistema de gas afronta o considera que va a afrontar dificultades económicas y financieras graves a causa de sus compromisos de compra garantizada adquiridos en virtud de uno o varios contratos de compra de gas, podrá solicitar a la Dirección General de Política Energética y Minas, una excepción para este

caso concreto, de la obligación de acceso de terceros a las instalaciones de la red básica”.

El artículo 11 dispone que “a partir del 1 de enero del año 2003, todos los consumidores, independientemente de su nivel de consumo, tendrán la consideración de cualificados. (...). Durante el período de tres años siguientes al momento en que un consumidor hubiera ejercido por primera vez los derechos que le confiere la condición de cualificado, dicho consumidor podrá optar por seguir adquiriendo el gas a un comercializador en las condiciones libremente pactadas o adquirirlo al distribuidor a tarifa”.

El Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural modifica algunos artículos del Real Decreto 949/2001. La disposición adicional segunda modifica, entre otros los apartados 3 y 4 del artículo 6 y establece que:

- “los titulares de las instalaciones estarán obligados a atender peticiones de reducción de capacidad siempre que se solicite con tres meses de antelación.
- Con objeto de garantizar la utilización de la capacidad reservada y con independencia del pago de los peajes que correspondan, los solicitantes de acceso deberán constituir, a favor del titular de la instalación, una fianza.
- Si transcurridos seis meses desde la fecha prevista en el contrato para el inicio del suministro o, en su caso, desde que se hubiese efectuado cualquier modificación de la capacidad contratada, la capacidad realmente utilizada es inferior al 80 por ciento de la establecida en el contrato, las capacidades contratadas disminuirán automáticamente en el porcentaje no utilizado, perdiendo el solicitante la parte correspondiente de la fianza constituida”.

TERCERO.- El Grupo Gas Natural, a través de sus empresas integrantes, ostentaba en la fecha del contrato posición de dominio en todas las actividades reguladas del mercado gasístico español, además de resultar beneficiada por su condición de antiguo monopolista.

Así, en cuanto a las infraestructuras para el aprovisionamiento, Enagás era titular de los dos únicos gasoductos de España con conexión internacional, el Larrau-Calahorra, procedente de Francia, y el Magreb-

Europa, que procede de Marruecos, así como de las tres únicas plantas de regasificación entonces existentes en Cartagena, Barcelona y Huelva. Enagás era igualmente propietaria de otros 5.382 Kms de gasoductos de transporte primario, del total de 6.029 que existían en España, de nueve estaciones de compresión y 225 de regulación y medida y disponía de los dos únicos almacenamientos subterráneos del país.

En cuanto a la actividad de aprovisionamiento, no se dispone de los datos completos de la misma, pero en el año 2002 el Grupo Gas Natural suministró al menos al 80 % del mercado peninsular, ya que dos de sus empresas, Gas Natural Aprovisionamientos y Sagane, eran los únicos suministradores de Enagás y, por lo tanto, del mercado regulado, que representaba el 44,7% de la demanda total, y de Gas Natural Comercializadora, que suministró el 63% del mercado libre.

Respecto de la actividad de distribución, según informaciones de la CNE recogidas por el Servicio en el Pliego de Concreción de Hechos, las empresas del Grupo suministraron gas natural en 2002 al 80'71 % del mercado a tarifa.

Finalmente, en la actividad comercializadora, Gas Natural Comercializadora S.A. tuvo una cuota del 63'6 % en el mercado libre.

Por lo tanto, lo mismo si se considera el mercado relevante como el del acceso a las infraestructuras necesarias para la introducción en España peninsular de gas natural, en sentido amplio, como si se restringe el mercado de referencia a la consideración de dicho acceso respecto del gas natural licuado, el Grupo imputado se encuentra en posición de dominio. Es destacable, además, que el Grupo Gas natural disfruta de ventajas competitivas derivadas de su antigua condición de monopolista, que refuerzan su posición dominante, entre las que son destacables la integración vertical de sus empresas en todas las actividades del sistema gasista español, la disponibilidad de información privilegiada sobre clientes y, en la fecha de los hechos imputados, la propiedad y el control sobre el Gestor Técnico del Sistema, título concedido a Enagás por el Real Decreto 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios (art. 10).

CUARTO.- Los hechos declarados probados son constitutivos de un conducta prohibida por los artículos 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del

Tratado de la Unión Europea, al haber abusado el Grupo Gas Natural de su posición de dominio en el mercado de oferta de las instalaciones e infraestructuras necesarias para la regasificación del gas natural licuado, al trasladar directamente a una empresa comercializadora integrada en el Grupo, Gas Natural Comercializadora, la capacidad de regasificación sobrante de la reservada para suministrar al mercado regulado de clientes a tarifa, por la también perteneciente al mismo Grupo, Enagás, evitando así poner dicha capacidad sobrante a disposición de todos los comercializadores en condiciones de no discriminación, objetividad y transparencia exigidas por el artículo 70 de la Ley del Sector de Hidrocarburos. En virtud del contrato suscrito entre las dos empresas citadas del Grupo Gas Natural, éste, valiéndose de su posición dominante en la actividad de gestión y explotación de las infraestructuras de transporte del mercado gasista, entre las que se encuentran las plantas de regasificación, concedió a otra de sus empresas, Gas Natural Comercializadora, unas condiciones privilegiadas de acceso y utilización de estas instalaciones, colocando a todos los competidores de ésta en situación desventajosa para solicitar y obtener dicho acceso y utilización.

Como queda dicho, esta conducta aparece calificada por la vulneración del principio de no discriminación. Este principio, enunciado por la Directiva 98/30/CE del Parlamento y el Consejo Europeos, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, y por el artículo 70 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, así como por la normativa que la desarrolla, es una expresión específica del principio general de igualdad entre los operadores del mismo mercado, que exige que situaciones comparables no sean tratadas de forma diferente y que situaciones diferentes no sean tratadas de la misma manera, salvo cuando en uno u otro caso exista una justificación objetiva. En el caso examinado, el hecho de reservarse una empresa comercializadora una capacidad indeterminada de acceso a las instalaciones de regasificación, valiéndose de su situación privilegiada como perteneciente al mismo grupo empresarial que el Gestor Técnico del Sistema, propietario de las únicas instalaciones de esta naturaleza existentes en España, carece de cualquier justificación de carácter objetivo, ya sea legal, técnica, económica o instrumental, y no puede sino ser considerado como una ilícita vulneración del principio legal de no discriminación que debe regir la actividad liberalizada de la comercialización del gas natural. En este sentido es preciso destacar que en el marco de la liberalización de las distintas ramas económicas cuyo funcionamiento depende de una red, como sucede en el ámbito del gas natural, la posibilidad de acceso a esa red en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias de los distintos operadores es un requisito indispensable, hasta el punto de que cualquier diferencia entre dichos operadores es susceptible de poner en grave peligro, si no impedir completamente, el acceso al mercado de ciertos operadores.

QUINTO.- La conducta imputada, haya o no causado perjuicios materiales efectivos a alguno de los demás operadores del mercado del gas natural, sí supuso el establecimiento de una barrera de entrada para futuros operadores. En efecto, el deslizamiento de la capacidad de regasificación sobrante a Enagás de la reservada por ésta para abastecer el mercado regulado, pactada por el plazo de quince años en virtud de un contrato firmado entre dos empresas integradas en el mismo grupo empresarial, apenas una semana antes de la publicación del Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el derecho de acceso de terceros a las instalaciones gasistas estableciéndose un procedimiento de adjudicación de los derechos de acceso basado en el principio de igualdad de trato a todos los operadores, y cuando otra norma jurídica en aquel momento aun no ejecutada, el Real Decreto-Ley 6/2000, ordenaba la separación accionarial de Enagás de cualquier otra empresa que operase en el sector gasístico, no puede entenderse sino como una actuación dirigida a provocar un cierre del mercado, asegurando al Grupo Gas Natural una capacidad de regasificación por un largo período de tiempo y sin someterse a las condiciones de la normativa reguladora, aun cuando ello pudiera suponer, en su caso, una barrera de entrada para nuevos operadores o una merma de las expectativas legítimas de actuales y futuros competidores.

La calificación de dicha conducta incluye también la infracción de lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, que establece su aplicabilidad cuando la conducta abusiva pueda afectar al comercio entre los estados miembros, lo que sucede en este supuesto en el que el cierre total o parcial del acceso a dichas instalaciones afecta a operadores, nacionales o comunitarios, que pueden comercializar sus servicios en los demás países de la Unión, actuando la reducción de sus expectativas de acceso a las instalaciones de la red nacional como barrera de entrada para operadores comunitarios. De la misma manera, como señala el Servicio en el Pliego de Concreción de Hechos, las condiciones del mercado español de la oferta de acceso a las instalaciones de transporte también influyen en las inversiones entre los Estados miembros en infraestructuras y servicios.

SEXTO.- Es directamente responsable de la conducta imputada el Grupo Gas Natural, representado en este expediente por su empresa matriz y cabecera del Grupo, Gas Natural SDG, por cuanto al haberse plasmado su actuación a través de un contrato suscrito entre dos empresas integradas en el mismo y propiedad al 100% de Gas Natural SDG, que actúan como dos herramientas en manos de la dirección del Grupo, debe interpretarse como la expresión de la voluntad única y superior del propietario común. Conviene recordar al respecto la abundante jurisprudencia comunitaria según la cual, cuando personas físicas o jurídicas, distintas desde el punto de vista jurídico, constituyen una unidad económica, procede tratarlas como si fueran una sola

empresa a los efectos de la aplicación de las normas sobre competencia (por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm y, por analogía, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 2000, DSG/Comisión).

SÉPTIMO.- El artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia exige que, para que sean sancionables las conductas declaradas proscritas por los artículos 1, 6 y 7 de la misma, es preciso que el agente obre deliberadamente o por negligencia. La exigencia del elemento subjetivo trae necesariamente consigo la exigencia de su prueba que, por tratarse de la demostración de un elemento intelectual o interno, generalmente solo presente en la mente de los autores y rara vez plasmado documentalmente ni susceptible en general de prueba directa, debe ser inferido de hechos probados, de los que racionalmente pueda obtenerse una conclusión de la existencia de un ánimo de restringir la competencia o, en el caso de la negligencia, de la falta del necesario cuidado para evitar dicho perjuicio.

En el caso que es objeto de este expediente, hemos de partir de la conducta imputada a un Grupo de empresas que opera en los diversos sectores del mercado español del gas natural, en los que ostenta una clara posición de dominio y que, valiéndose como herramientas de dos de las empresas que lo integran, una de las cuales (Enagás) es propietaria de la totalidad de las estaciones de regasificación de gas natural licuado existentes en la península, hace firmar a éstas un contrato por el que Enagás reserva en sus instalaciones a favor de Gas Natural Comercializadora –la otra empresa firmante- la capacidad de regasificación que en cada momento no necesite utilizar la primera para satisfacer las necesidades del mercado regulado, situando a la empresa de su Grupo en una situación más ventajosa que el resto de los competidores para el acceso a dichas infraestructuras. Para valorar la posible intención del Grupo imputado es preciso recordar que, como se ha señalado anteriormente, dicha reserva o deslizamiento se fija de forma directa, eliminando el cumplimiento de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación con el resto de los operadores, produciéndose apenas una semana antes de la publicación de una estricta normativa reguladora del acceso de todos los operadores a las instalaciones e infraestructuras gasísticas y con una duración de 15 años, lo que lleva al Tribunal a inferir que el contrato fue instrumentado con el único objeto de asegurar por encima de la libre competencia el acceso a las redes de Gas Natural Comercializadora, provocando un cierre parcial del mercado, con potencial perjuicio para los actuales competidores y con efecto de barrera de entrada para futuros entrantes en el mercado de la comercialización del gas natural.

No se trata, pues, de una conducta meramente negligente, en la que se hubiera adoptado el acuerdo con olvido descuidado de los derechos eventuales de terceros operadores, lo que ya sería por sí sólo especialmente grave en un operador cuya posición de dominio deviene de su condición de anterior monopolista, sino de una actuación deliberada dirigida a eludir el juego de la libre competencia abierto por la incipiente liberalización del sector.

OCTAVO.- No se pronuncia el Tribunal sobre la imputación realizada por el Servicio al Grupo Gas Natural acerca de la modificación realizada por Gas Natural Comercializadora y Enagás en abril del año 2003, que es calificada como una prórroga del contrato de 27 de julio de 2001, que dio origen a las presentes actuaciones y constituye su objeto principal, ya que se ha considerado que tales hechos son de diferente naturaleza y no pueden ser objeto de la misma consideración y calificación.

En efecto, si bien el Servicio de Defensa de la Competencia trata la modificación de abril de 2003 en su Pliego de Concreción de Hechos y en el Informe-Propuesta como una modificación unilateral de Gas Natural Comercializadora y, por lo tanto, del Grupo Gas Natural, por lo que la considera como una prórroga o continuación del contrato primitivo de julio de 2001, lo cierto es que la modificación operada en abril de 2003, sustituyendo la cláusula deslizando de cesión por Enagás a Gas Natural Comercializadora del sobrante de la capacidad reservada por la primera por una nueva cláusula en la que Enagás debía reservar una cantidad fija y predeterminada a la empresa comercializadora, constituye un cambio en un elemento esencial del contrato, como es su objeto (art. 1261 del Código Civil), lo que implica una novación objetiva del mismo contrato que precisa del consentimiento de ambos contratantes. Por eso, teniendo en cuenta que el Grupo Gas Natural, para dar cumplimiento a lo ordenado por el Real Decreto 6/2000, de 23 de junio, que designó a Enagás como Gestor Técnico del Sistema y estableció taxativamente que “ninguna persona física o jurídica podrá participar directa o indirectamente en el accionariado de "Enagas, Sociedad Anónima, en una proporción superior al 35 por 100 del capital social o de los derechos de voto de la entidad” (artículo 10), había enajenado desde junio de 2002 el 59'1% del capital de Enagás, dicha empresa ya no formaba parte de la unidad económica y de gestión del Grupo Gas Natural al tiempo de la modificación de abril de 2003, nos encontramos más bien ante un nuevo contrato suscrito por dos operadores independientes entre sí, que debe ser examinado e investigado por los órganos de Defensa de la Competencia desde la perspectiva de los artículos 1º de la Ley 16/1986 y 81 del Tratado de la Unión Europea. Por ello, teniendo en cuenta la larga duración del nuevo contrato y la no constancia en el expediente de información suficiente sobre la forma y condiciones de su adopción y sobre el cumplimiento o incumplimiento por las contratantes de la normativa general sobre acceso y utilización de las

instalaciones reservadas, el Tribunal acuerda archivar el expediente en la parte relativa a la modificación operada en el contrato en el mes de abril de 2003 y encargar al Servicio de Defensa de la Competencia la apertura de expediente para la investigación de la misma desde la perspectiva de los artículos 1 de la Ley 16/1986 y 81 del Tratado de la Unión Europea.

NOVENO.- En cuanto a la sanción que procede imponer, el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia establece la posibilidad de castigar las infracciones del artículo 6º con multas de hasta 150.000.000 pesetas (901.518 euros), que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. En relación con la infracción que es objeto de esta Resolución, es necesario partir de la base de la gravedad de las conductas que se sancionan, gravedad que debe siempre predicarse de las actuaciones abusivas realizadas por las empresas que se encuentra en una posición de dominio, a las que, como es reiterada jurisprudencia de los Tribunales comunitarios, corresponde una especial responsabilidad de mantener el mercado dominado en un régimen de competencia no distorsionada, responsabilidad que debe exigirse aún en mayor medida a las empresas que, viniendo de un monopolio legal, aún disfrutaban de posición de dominio en un mercado liberalizado (Resolución TDC de 26 de enero de 2000). En este sentido, la gravedad de la conducta abusiva es aún mayor al haberse realizado precisamente dentro del marco temporal, jurídico y económico de la liberalización del mercado del gas natural, por lo que no sólo contradice el interés genérico de la libre competencia, sino que supone una resistencia a la voluntad del legislador de liberalizar un mercado de interés social relevante, como es el del gas natural, con potenciales efectos de cierre de los mercados afectados al establecer una barrera de entrada que actúa como elemento disuasorio para nuevos operadores, cuyos proyectos de implantación y desarrollo en el mercado de la comercialización estarían sometidos durante un largo período de quince años a condiciones discriminatorias respecto del operador dominante ya instalado y con limitaciones en el acceso a la red de infraestructuras del sistema.

Por otra parte, es preciso hacer notar que, dentro de la gravedad de la conducta imputada y de la larga duración inicialmente pactada, de quince años, no se han acreditado en el expediente efectos restrictivos determinados sobre operadores o empresas concretas, lo que ha de servir para atenuar la responsabilidad del Grupo imputado y lo mismo debe señalarse sobre la circunstancia de que la duración real de la vigencia del contrato deslizante se redujo considerablemente respecto del plazo inicialmente pactado, extendiendo sus efectos desde su suscripción el 27 de julio de 2001 hasta su modificación con efecto de 1 de abril de 2003.

Sobre esta base, es preciso considerar los demás elementos que el artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia establece como criterios determinantes para fijar la cuantía de la sanción y, como más destacados, la dimensión del mercado dominado, que es de alcance nacional y la de los mercados susceptibles de ser afectados, que incluye a los mercados de comercialización y transporte españoles y comunitarios. Por otra parte, aunque el Tribunal ha sancionado en anteriores ocasiones a empresas del Grupo Gas Natural por conductas prohibidas por el artículo 6º de la Ley 16/1989, siempre se ha tratado de sanciones de escasa cuantía y de conductas cuyos efectos se habían producido en mercados de carácter local, como el de las instalaciones domiciliarias, por lo que no cabe en este caso la aplicación de la agravante de reiteración regulada por el artículo 10.2.f) de la citada Ley.

Teniendo en cuenta los criterios expresados, de acuerdo con los datos recogidos por el Tribunal de las informaciones suministrados públicamente por el Grupo imputado, la facturación anual de éste es de alrededor de 6.000 millones de euros, de los que correspondieron al sector de la comercialización, principal afectado, 3.278'7 millones de euros en el Ejercicio 2003 (datos proporcionados por Grupo Gas Natural en su página web). Partiendo de estos datos, si tenemos en cuenta que, según la CNE, el mercado liberalizado suponía alrededor del 70% del total de la comercialización, dicho porcentaje supone que la cifra de negocios en el año 2003 del Grupo Gas Natural en el mercado de comercialización liberalizado ascendió a 2.295 millones de euros. Partiendo de esta cifra, la falta de acreditación de efectos apreciables directamente sobre concretos operadores derivados de la conducta imputada y la reducción del tiempo de duración de dicha conducta (sin perjuicio de las responsabilidades a que la modificación contractual de abril de 2003 pueda conducir, en su caso, en el oportuno expediente), juntamente con los demás elementos de valoración antes descritos, llevan al Tribunal a imponer una sanción de menor cuantía de la que en otro caso hubiera correspondido a la conducta sancionada, que hubiera oscilado entre el 1 y el 2% del volumen de operaciones expresado, reduciéndose en este caso a ocho millones de euros en atención a la concurrencia de las circunstancias especiales señaladas.

Por todo ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar que el Grupo Gas Natural ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 6º de la Ley de Defensa de la Competencia y por el art. 82 del Tratado de la Unión Europea, por haber obstaculizado por vía

contractual el acceso de terceros a la capacidad de regasificación, acceso esencial para el suministro de gas natural en el mercado español

SEGUNDO.- Imponer a la empresa matriz y cabecera del Grupo Gas Natural, Gas Natural SDG, la multa de ocho millones de euros.

TERCERO.- Intimar a Gas Natural SDG para que se abstenga en lo sucesivo de realizar por sí o a través de cualquiera de las empresas integradas en el Grupo Gas Natural las prácticas declaradas.

CUARTO.- Archivar las actuaciones relativas a la modificación operada en abril de 2003 sobre las condiciones pactadas en el contrato de 27 de julio de 2001, al que se refieren los Hechos Probados de esta Resolución e instar del Servicio de Defensa de la Competencia la incoación de un expediente dirigido a investigar dicho contrato desde la perspectiva de los artículos 1 de la Ley 16/1986 y 81 del Tratado de la Unión Europea.

QUINTO.- Ordenar a Gas Natural SDG la publicación de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos de los diarios de información general de entre los cinco de mayor difusión en el ámbito nacional.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.