

Id Cendoj: 28079230062007100269
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 471 / 2005
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Tipo de Resolución: Sentencia

Recurso N° 0000471/2005

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm de Recurso: 0000471/2005

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 03856/2005

Demandante: GAS NATURAL SDG, S.A.

Procurador: AFRICA MARTÍN-RICO SANZ

Demandado: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ENDESA, S.A.

PROC. JOSÉ GUERRERO TRAMOYERES

Abogado Del Estado :

Ponente Itma. Sra.: D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Madrid, a trece de marzo de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo de la

Audiencia Nacional y bajo el número 471/05, se tramitó a instancia de la entidad GAS NATURAL SDG, S.A., representada por la

Procuradora Dña. Africa Martín-Rico Sanz, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de junio de

2005, sobre conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia; y en el que la Administración demandada ha estado

representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; Siendo la cuantía del mismo ocho millones de euros (8.000.000 euros).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 19 de septiembre de 2005, este recurso respecto del acto ante aludido; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el súplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que tenga por presentado este escrito y, en su virtud, tenga por formalizada DEMANDA contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2005 adoptada en el expediente 580/04, y tras los trámites legales oportunos, dicte sentencia por la que declare la nulidad de pleno derecho o anulabilidad de dicha Resolución junto con los demás pronunciamientos que resulten de aplicación a juicio de la Sala en ejecución de dicha declaración alternativamente anule o reduzca la sanción impuesta."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato táctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el súplico de la misma, en el cual solicitó: "Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho con imposición de costas a la actora."

3 Mediante diligencia de ordenación de 20 de enero de 2006 se dio traslado al Procurador D. José Guerrero Tramoyeres, en representación de la entidad codemandada ENDESA, S.A., para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el súplico de la misma en el que literalmente dijo: "que tenga por presentado este escrito de contestación a la demanda, continuando la tramitación del procedimiento, dicte Sentencia desestimando íntegramente el recurso y confórmela lo señalado en este escrito de contestación."

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 6 de marzo de 2006 , acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones; finalmente, mediante providencia de 31 de enero de 2007 se señaló para votación y fallo el día 27 de febrero de 2007, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Iltra. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de junio de 2005 por la que, resolviendo el expediente sancionador iniciado por denuncia formulada por la Comisión Nacional de la Energía en relación con un contrato celebrado entre las empresas Enagas 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, acuerda:

"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 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".

2. En propia resolución impugnada se recogen como hechos probados los siguientes:

"1º) 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.

2º) 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, precedente 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.

3º) 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.

4º) 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 Ventas de Enagás, con la venta del 59,1% de su capital.

5º) 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 dos modificaciones

entraron en vigor el 1 de abril de 2003."

3. La conducta imputada a Gas Natural S.D.G., SA. como cabeza de grupo -ahora recurrente- sobre la que no existe controversia entre las partes es que el día 27 de julio de 2001 Gas Natural Comercializadora y Enagás firmaron lo que se conoce como el "contrato deslizante", que consistió en un contrato de prestación de servicios de regasificación de gas natural licuado (GNL) procedente de contratos de aprovisionamiento sujetos a compromisos "take or pay" largo plazo, y por el cual, durante quince años, GNC se reservaba una capacidad de regasificación en las plantas de Barcelona y Cartagena de 188,406 Gwh/día (equivalentes a 16,2Mm3/día); esa capacidad se destinaría, en primer lugar, a suministrar a Enagás el gas natural necesario para atender cada año las necesidades del mercado regulado en España, quedando (esto es, "deslizándose" el resto de la capacidad objeto de contrato a (Disposición de GNC para su venta en el mercado libre.

En concreto, tal y como se recoge en el expositivo tercero del contrato de referencia este contrato presenta una peculiaridad, "por el hecho de que el GNL que va a ser utilizado por GAS NATURAL COMERCIALIZADORA como producto a regasificar procede exclusivamente de determinados contratos de aprovisionamiento que, a su vez, van a ir destinados a suministrar a ENAGAS el gas natural necesario para que ENAGAS abastezca el mercado regulado en España. Se trata de contratos de aprovisionamiento sujetos a compromisos "take or pay" y a largo plazo, lo que determina que precisen un régimen propio de concesión de capacidad por parte de ENAGAS.

En consecuencia la capacidad de regasificación que es objeto de reserva mediante el presente contrato queda condicionada, de forma expresa, a las necesidades de ENAGAS para atender el mercado a tarifa, lo que supone una disponibilidad de sus propias instalaciones. En paralelo, a cambio de la concesión a ENAGAS de este régimen, y teniendo en cuenta los compromisos "take or pay" que, como se ha dicho, acompañan a los contratos de aprovisionamiento de los que procede el GNL, GAS NATURAL COMERCIALIZADORA deberá disponer de la necesaria capacidad de adaptación a las circunstancias concretas de los mercados".

El Tribunal de Defensa de la Competencia considera en su resolución que tal modo de proceder conducta prohibida capacidad superior mercado regulado constituye un abuso de posición dominante de la recurrente, con arreglo al *artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)* porque, según se dice en dicha resolución; en primer término, excepto en diciembre de 2002, el contrato de regasificación reservó capacidad superior a la que necesitaba Enagás para atender las necesidades del mercado regulado en un porcentaje medio diario del 35,18%, el cual quedó en manos de GNC en lugar de ponerse a *disposición de todos los agentes previstos por la ley (comercializadores, consumidores cualificados y/o transportistas)*; en segundo lugar, porque salvo en diciembre de 2002, GNC se benefició de una capacidad media diaria de regasificación adicional a la que ya tenía en virtud de otros contratos y a la procedente de conexiones internacionales del 12,94%; y, finalmente, porque el contrato deslizante permitió a GNC obtener desde enero a noviembre de 2002 entre el 3 y el 15% de la demanda total (en media el 8,68% de la demanda total de esos once meses) y entre el 6 y el 27% de la demanda del mercado libre (en media el 15,40% de la demanda libre de esos once meses).

En definitiva, y desde la perspectiva de los concretos efectos sobre el mercado, se entiende en la resolución sancionadora objeto de la actual impugnación que existió una obstaculización por vía contractual de la capacidad de acceso al sistema gasista peninsular a través del contrato objeto del expediente de actual referencia, con mayor relevancia en un contexto de insuficiencia de capacidad regasificadora para atender una demanda creciente y del inicio de la liberalización del mercado gasista en España, por lo que el contrato de regasificación podría reforzar la inercia de los consumidores a permanecer con el suministrador habitual (el Grupo Gas Natural) por motivos que nada tienen que ver con la eficiencia o favorecer la sustitución de las ventas en el mercado regulado por parte de las divisiones de distribución del Grupo por las ventas de GNC en el mercado libre. Así, siempre a juicio del TDC, el proceso liberalizador se vería en peligro y habría tres grupos de agentes especialmente perjudicados, a saber:

- Consumidores finales, que verían limitadas sus posibilidades de elección de suministrador;
- comercializadores competidores de GNC, tanto actuales como posibles nuevos entrantes, que verían obstaculizada su entrada en el mercado;
- Aprovisionadores, puesto que la contratación de capacidad de entrada constituye un trámite necesario para la contratación de aprovisionamientos de gas en origen.

La propia resolución sancionadora, de acuerdo con el informe emitido por el Servicio de Defensa de la

Competencia, considera que las anteriores conclusiones son aplicables tanto a la versión original del contrato de julio de 2001, esto es el que se encuentra en la base del presente recurso, como a la modificación posterior del mismo, la operada en marzo de 2003 que quedó por expresa decisión del propio TDC extramuros del procedimiento sancionador de actual referencia.

Frente a ello la recurrente partiendo de que son relevantes determinados hechos relativos a la conducta declarada ilícita (el mecanismo deslizando de capacidad tenía una justificación objetiva y racional; el mecanismo deslizando no es una conducta con la intención de dañar a la competencia o favorecer a Gas Natural Comercializadora; la relevancia de la utilización efectiva de la capacidad de regasificación; la inexistencia de efectos en los demás comercializadores; y que el problema regulatorio planteado por la CNE es ajeno a la competencia: la vinculación del suministro al consumidor final con la reserva de la capacidad de regasificación) esgrime los siguientes motivos impugnatorios: nulidad de pleno derecho por ausencia de motivación suficiente; nulidad de pleno derecho por haberse adoptado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido y por órgano manifiestamente incompetente; anulabilidad por aplicación errónea de la prueba de presunciones respecto a la intencionalidad de la conducta de Gas Natural; anulabilidad por infracción del *artículo 6 LDC* y *artículo 82 Tratado CE*; y, finalmente, nulidad de la sanción impuesta o, alternativamente, necesidad de su reducción por infringir el *artículo 10 LDC*.

4. Con independencia de la valoración que pudiera merecer la conducta aquí enjuiciada desde la perspectiva de la regulación específica aplicable al mercado interior del gas natural (legislación del sector de hidrocarburos), lo que aquí debe examinarse es, única y exclusivamente, su adecuación o disconformidad con las normas y principios rectores de la defensa de la competencia.

El fondo de la controversia se centra, en suma, en determinar si existió o no la infracción administrativa de abuso de posición dominante que tipifica el *artículo 6 LDC* y, en correlación con ello, si resulta procedente la sanción impuesta a la recurrente por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

El *artículo 6º LDC*, tras las modificaciones introducidas en su apartado 1 y las adiciones de las letras "f)" y "g)" al apartado 2, ambas por el *artículo 4 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre* (redacción, por ello, que hemos de tomar en consideración en esta sentencia, puesto que era la vigente desde 1 de enero de 2000), dispone:

"Artículo 6 . Abusó de posición dominante.

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas:

a) 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 u 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.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio en el mercado de una o de varias empresas haya sido establecida por disposición legal."

El *artículo 82 del TCE* establece que "será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo".

La aplicación de estos preceptos exige:

I) que la empresa ostente posición de dominio en el mercado definido como relevante y

II) que su conducta tenga carácter abusivo.

Además, para que sea de aplicación del *artículo 82 del TCE* el abuso tiene que ser susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros.

A tal fin, la Sala entiende que punto de partida ha de ser el criterio del Tribunal Supremo sobre la significación y alcance del *artículo 6 LDC*, precepto sobre el que ya existe una consolidada doctrina del Alto Tribunal; en efecto la sentencia de 13 de diciembre de su Sala de lo Contencioso Administrativo, reiterando la doctrina ya establecida en las sentencias de 8 de mayo y 9 de junio de 2003, hace las siguientes consideraciones:

"a) Como es obvio, lo prohibido no es la posición de dominio, sino la explotación abusiva de esa posición.

b) Se contiene en él una lista de comportamientos calificables como abusivos, pero tal lista no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, que ilustra sobre el concepto de explotación abusiva pero no lo agota.

c) La explotación abusiva pasa, así, a ser la noción fundamental del precepto, el cual, sin embargo, no contiene, más allá de lo que aporta la citada lista, una definición de lo que debe entenderse por tal.

d) La explotación abusiva no es sólo una conducta prohibida, sino también una conducta "típica", que la Ley considera constitutiva de infracción administrativa, ligando a ella, por tanto, la posibilidad de la imposición de una sanción en sentido estricto (*artículo 10 de la Ley 16/1989*).

e) Por ello, al enjuiciar si una conducta es constitutiva de explotación abusiva, han de tenerse presentes los principios propios del derecho sancionador, en el sentido de exigencia de que tal calificación de la conducta pudiera ser predecible por su agente, de prohibición del uso de la analogía y de resolución a favor del imputado de las dudas razonables que no hayan podido ser despejadas.

f) Por fin, dada la similitud existente entre el *artículo 82* (antiguo *artículo 86*) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel *artículo 6*, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al Derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro Derecho interno."

En este punto, el estudio del *artículo 6º LDC*, al igual que el del *artículo 82* del Tratado de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia comunitaria -singularmente, la que resulta de las sentencias del TJCE de 21 de febrero de 1973 (Continental Can), 6 de marzo de 1974 (Comercial Solvens), 14 de febrero de 1978 (United Brands), 13 de febrero de 1979 (Hoffmann La Roche), 3 de julio de 1991 (AKZO) y 15 de diciembre de 1994 (DLG)-, permite afirmar que en aquéllos (y también en el de nuestro Derecho interno, pese a la existencia en éste de una singular normativa de defensa de los consumidores) se protege, tanto

los intereses económicos -concurrenciales o extraconcurrenciales- de los clientes, proveedores y consumidores en general, como los intereses de los competidores. Velan por la salvaguarda de la Competencia residual o potencial, y actúan, también, en defensa directa de consumidores, clientes y proveedores ante conductas que, aunque no afecten a la estructura competitiva, producen resultados lesivos con amparo en la falta o en la insuficiencia de una competencia efectiva. Sobre esta base:

- Cabe diferenciar: a) los abusos que perjudican los intereses concurrenciales de los competidores que lo son -primera línea de competencia- de la propia empresa dominante, restringiendo sin justificación la competencia residual o potencial del mercado mismo sobre el que se proyecta la posición de dominio (es, pues, un abuso anticompetitivo, y, dentro de estos, de primer grado); b) los abusos que lesionan los intereses concurrenciales de los que contratan con la empresa dominante (clientes y proveedores), alterando o restringiendo la competencia interior de sus respectivos mercados -segunda línea de competencia- (es, también, un abuso anticompetitivo, que cabe denominar, como hace la doctrina, de segundo grado); y c) los abusos que lesionan los intereses económicos no concurrenciales de los proveedores y consumidores (son los denominados abusos explotativos).

- Ahora bien, no toda restricción en la estructura competitiva del mercado hecha desde una posición de dominio merecerá ser calificada como explotación abusiva; lo exige así la lógica de aquellos preceptos y del sistema económico en que se insertan, que ni prohíben la posición de dominio, ni pretenden obstaculizar, tampoco a las empresas dominantes, la consecución de una posible mayor eficiencia; serán abusivas, pues, las restricciones de la competencia hechas desde una posición de dominio que no sean razonables por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el ordenamiento jurídico-económico. Del mismo modo, la lesión de los intereses económicos de clientes, proveedores y consumidores producida desde una posición de dominio requerirá, para ser calificada como explotación abusiva de dicha posición, un elemento de carencia de justificación, que cabrá ver allí donde el ejercicio por la empresa dominante de su especial libertad económica deje de acomodarse, sin razón reconocible como tal, al que llevaría a cabo en una situación de competencia efectiva.

- A lo dicho cabe añadir: a) que la conducta a calificar debe valorarse de forma objetiva, de suerte que su carácter abusivo deberá desprenderse de sus rasgos económicos, sin depender, por tanto, de cual sea su valoración moral o la intención de su autor, aunque esto no permita, sin embargo, prescindir del necesario elemento de la culpabilidad si a la conducta pretende anudarse un efecto sancionador en sentido estricto; y b) que sobre las empresas en posición de dominio pesa una especial responsabilidad y un deber de mayor diligencia que los que son predicables del empresario sujeto al control natural de una competencia suficiente, debido al especial perjuicio que pueden causar sus actividades a la competencia en general y al interés de sus competidores, suministradores, clientes y consumidores en particular.

La explotación abusiva es, en fin, una modalidad singular del abuso de derecho; un tipo cualificado de éste, que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia. Es, en suma, un ejercicio antisocial de la excepcional libertad económica que otorga una posición de dominio en el mercado. Criterios éstos expuestos por la ya citada sentencia de 8 de mayo de 2003 del Tribunal Supremo y a cuya luz debe examinarse la conducta imputada a la actora por la resolución sancionadora dictada por el Tribunal de Defensa de la Competencia a cuyo fin procede examinar primeramente los elementos objetivos que configuran el tipo de la infracción imputada (a saber, mercado relevante, posición de dominio y abuso de la misma), en segundo lugar el tipo subjetivo (o voluntariedad de la conducta) para, en último término, valorar la pertinencia, o no, de la sanción impuesta (SAN de 26 de septiembre de 2005).

5. Sobre la base precedente podemos ya entrar en el examen y ponderación de las concretas alegaciones de la actora. Y, así, debemos comenzar por rechazar las que imputan a la resolución impugnada vicios de nulidad de pleno derecho, bien por ausencia de motivación suficiente, bien por haber prescindido del procedimiento legalmente establecido o por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente ya que, con independencia de que pueda compartirse o no la fundamentaron de la resolución impugnada, es lo cierto que no adolece sino, antes bien al contrario, realiza una ponderación exhaustiva de todos y cada uno de los elementos en juego para servir de base a la conclusión que se alcanza en la misma.

La motivación comporta, en efecto, la exigencia de hacer públicas razones de hecho y de derecho que fundamentan el acto y a través de la cual se pueden conocer las razones que condujeron a la decisión adoptada, en definitiva, que justificaron el acto. Se trata del requisito general de la motivación del acto

administrativo, exigencia formal recogida en los *artículos 54, 89.3 y 5 y 138.1 de la Ley 30/1992*.

Pues bien, frente a lo que en la demanda se alega, la resolución impugnada sí que, a juicio de esta Sala, motiva suficientemente su decisión dando cabal explicación de las razones, tanto tácticas como jurídicas, que han llevado a tomar la decisión adoptada y de las que en todo momento ha tenido conocimiento la parte quien, en definitiva ha podido alegar y probar -como efectivamente ha hecho- tanto en sede administrativa como después en vía jurisdiccional cuanto ha entendido conducente a su derecho.

En definitiva dicha motivación resulta suficiente para realizar el control jurisdiccional del acto administrativo, que es precisamente la función esencial que cumple, tal y como viene declarando reiteradamente la jurisprudencia (con independencia de otras que la doctrina ha calificado como de orden interno y de aseguramiento de rigor en la formación de la voluntad de la Administración) esta exigencia legal de motivación de los actos administrativos. Buena prueba de ello es que la parte recurrente realiza un exhaustivo análisis de porqué tal justificación no la considera correcta en los restantes motivos de recurso.

Lo mismo cabe decir respecto del procedimiento en el que los trámites esenciales del mismo - singularmente la audiencia del interesado- han sido escrupulosamente respetados por la Administración sancionadora, debiendo concluir que, contrariamente a lo que en la demanda se afirma, el Tribunal de Defensa de la Competencia es el órgano competente con arreglo a la LDC.

Por lo demás, la cuestión relativa a la también alegada anulabilidad por aplicación errónea de la prueba de presunciones respecto de la intencionalidad de la conducta de Gas Natural está directa e inmediatamente conectada con la cuestión nuclear de si existe o no infracción del *artículo 6 LDC* y, en relación con la misma, del *artículo 82 del Tratado CE*, que es lo que se examinará a partir del subsiguiente fundamento jurídico. Y sólo si la Sala considera que ha existido infracción sancionable resultará pertinente examinar el último de los alegatos de la actora sobre la nulidad de la sanción impuesta o, alternativamente, necesidad de su reducción en relación con el *artículo 10 LDC*.

6. Queda así pues, centrada la cuestión sobre la adecuación o no de la conducta realizada al *artículo 6 LDC*. A tal fin hemos de partir de que la Sala comparte las exhaustivas y razonadas definiciones de mercado relevante y de posición de dominio que se contienen en la resolución impugnada. En efecto, partiendo de que resulta acertada la consideración de las autoridades españolas y comunitarias de defensa de la competencia considerando que el gas natural es un producto distinto de otras fuentes de energía, como la electricidad o el petróleo, dadas las limitadas posibilidades de sustitución existente entre ellas todavía, cabe considerar que el mercado relevante es en el supuesto enjuiciado el de la gestión y explotación de las infraestructuras necesarias para la importación de gas natural, tanto licuado como gaseoso, en el territorio peninsular español.

De otro lado, desde la perspectiva de posición de dominio en el mercado relevante, el contra" de regasificación fue concluido, como también sostiene acertadamente la resolución impugnada, por una entidad económica única (el grupo Gas Natural) que ejercía posición de dominio en el mercado relevante, tanto en el ámbito del aprovisionamiento (el grupo estaría aprovisionando aproximadamente el 80% del mercado global peninsular) como en el de la distribución (las empresas distribuidoras pertenecientes al grupo a través de sus diferentes divisiones suministraron gas al 80,71% del mercado de tarifa en el año 2002) como, finalmente en el de la comercialización (de nuevo las empresas del grupo en el mismo año tuvieron una cuota del 63,60 en el mercado libre).

7. Ahora bien, la posición de dominio no es sino el presupuesto para, a partir de ella, determinar si ha existido un abuso de la posición de dominio que no sea razonable por carecer de una justificación capaz de ser aceptada como tal por el Ordenamiento jurídico-económico.

Por tanto, el núcleo central de la cuestión a resolver es constatar si existe, o no, abuso de posición de dominio y que la misma esté amparada o que carezca de una justificación objetiva y razonable.

En este sentido resulta determinante, como ha tenido ocasión de poner de relieve recientemente el Tribunal Supremo (STS de 20 de junio de 2006) que la conducta que se considere abuso de posición dominante conduzca a la configuración de un mercado cautivo imponiendo a los competidores, como barreras de entrada, la necesidad de acometer gastos que hicieran inviable o seriamente gravosa su respuesta comercial.

En la resolución impugnada hay muy pocas referencias a esta cuestión, limitándose a señalar que el proceso liberalizador ser vería en peligro, con tres grupos de agentes especialmente perjudicados

(consumidores finales, que verían limitadas sus posibilidades de elección de suministrador, comercializadores competidores, que verían obstaculizada su entrada en el mercado; aprovisionadores, puesto que la contratación de capacidad de entrada constituye un trámite necesario para la contratación de aprovisionamientos de gas en origen).

El énfasis en estos datos no puede llevar a olvidar, sin embargo, que el Tribunal de Defensa de la Competencia no dio el suficiente relieve a un dolo de hecho que era determinante, a saber, que ninguna empresa Comercializadora de gas tuvo problemas de acceso a capacidad de regasificación que se derivara del mecanismo deslizante establecido en el contrato de 21 de julio de 2001, ya que, de hecho, la capacidad de regasificación contratada por los demás operadores se multiplicó por tres en los años 2002 y 2003 y la media de utilización efectiva de dicha capacidad fue del 80% durante esos mismos años.

Por lo demás, en esta misma idea abunda la propia actuación posterior del Servicio de Defensa de la Competencia en el procedimiento instruido para investigar, desde la perspectiva de defensa de la competencia, la modificación llevada a cabo el día 27 de marzo de 2003 en el contrato de 27 de julio de 2001 que está en la base del presente análisis. Dicho Servicio, en la providencia dictada por el Instructor del expediente con fecha de 12 de julio de 2006, después de poner de manifiesto que, pese a que en virtud de la modificación operada disminuyó la capacidad contratada pese a la reducción de la capacidad contratada, el cambio en el resto de cláusulas hizo que Gas Natural Comercializadora disminuyera de mayor capacidad reservada", entiende que no, obstante lo cual, "no tuvo efectos negativos para la competencia, puesto que se vio compensado por la ampliación de capacidad del sistema", concluyendo que la capacidad efectivamente reservada "tampoco tuvo como objeto la obstaculización de la competencia". Y no debe olvidarse, como antes se puso de manifiesto, que la resolución administrativa objeto del actual enjuiciamiento, había equiparado plenamente los efectos sobre el mercado (al objeto de considerar precisamente que existía abuso de posición dominante) "a la versión original del contrato de julio de 2001 como a la modificación operada en marzo de 2003".

En conclusión, la Sala entiende, en aplicación de la precedente doctrina del Tribunal Supremo en su interpretación del *artículo 6 LDC*, que el contrato de 27 de julio de 2001, aún en el ámbito de un mercado relevante y en una situación de posición dominante, no supuso abuso de la misma al no constituir barrera a los competidores. En consecuencia, al no existir incumplimiento del *artículo 6 LDC*, tampoco existió la infracción administrativa imputada a la actora, por lo que debe anularse la sanción impuesta.

8. De todo lo anterior deriva la procedencia de estimar el presente recurso con la paralela anulación de la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho.

No se aprecian Circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el *artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad GAS NATURAL SDG, S.A. contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de junio de 2005, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el *artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial*.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma Iltma. Sra. D^a MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.