

Id. Cendoj: 28079130032010100221
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 01/06/2010
Nº de Recurso: 4222/2007
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE DEL GRUPO GAS NATURAL POR CONTRATO ENTRE ENAGÁS Y GAS NATURAL COMERCIALIZADORA (expte. 580/04 TDC; 2430/02 SDC); art. 6 Ley Defensa Competencia, art. 82 Tratado UE.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Junio de dos mil diez.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4.222/2.007, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 13 de marzo de 2.007 en el recurso contencioso-administrativo número 471/2.005, sobre práctica prohibida en materia de defensa de la competencia (expediente sancionador 580/04 del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Son partes recurridas GAS NATURAL SDG, S.A., representada por la Procuradora D^a África Martín-Rico Sanz, y ENDESA, S.A., representada por el Procurador D. José Guerrero Tramoyeres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 13 de marzo de 2.007 , estimatoria del recurso promovido por Gas Natural SDG, S.A. contra la resolución del pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 16 de junio de 2.005, que resolvía el expediente sancionador 580/04 (2430/02 del Servicio de Defensa de la Competencia), anulando dicha resolución. En lo que aquí importa, por la misma se declaraba que el Grupo Gas Natural ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y por el artículo 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; se imponía a la empresa matriz y cabecera del Grupo - Gas Natural SDG- la multa de ocho millones de euros, y se intimaba a Gas Natural SDG para que se abstuviera en lo sucesivo a realizar por sí o a través de cualquiera de las empresas integradas en el Grupo Gas Natural las prácticas declaradas.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la Administración demandada ha presentado escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 29 de junio de 2.007, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones una vez efectuados los emplazamientos, se ha dado traslado de las mismas al Abogado del Estado, a fin de que manifestara si sostenía el recurso de casación, lo que así ha hecho en el plazo concedido mediante escrito por el que interpone dicho recurso, formulando un único motivo al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia comunitario.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y anule la recurrida, declarando que el acto administrativo impugnado en la instancia es plenamente conforme a Derecho.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de fecha 17 de diciembre de 2.007.

CUARTO .- Personada Gas Natural SDG, S.A., su representación procesal ha presentado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el mismo, confirmando la sentencia de instancia en todos sus pronunciamientos, y con imposición de costas a la parte recurrente.

En el plazo concedido para formular su oposición, la representación procesal de la también comparecida Endesa, S.A. ha presentado un escrito en el que suplica que se dicte sentencia casando y anulando la recurrida, y declarando que el acto administrativo impugnado en la instancia es plenamente conforme a derecho.

QUINTO .- Por providencia de fecha 25 de febrero de 2.010 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 18 de mayo de 2.010, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La Administración del Estado impugna en casación la Sentencia de 13 de marzo de 2.007 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo

(Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, que estimó el recurso entablado por Gas Natural SDG y anuló la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2.005, por la que se le había sancionado por una práctica de abuso de posición de dominio a una multa de ocho millones de euros.

Tras exponer las posiciones de las partes la Sentencia recurrida funda su fallo estimatorio en los siguientes razonamientos jurídicos:

" 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 le 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 e 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 fundamentación 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 don 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 se 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 dato 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 m 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." (fundamentos jurídicos 4 a 7)

El recurso se articula mediante un único fundamento de derecho, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción. En el se aduce la infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 82 del Tratado de la Unión Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia que lo interpreta, por entender el Abogado del Estado que tal, como había declarado el Tribunal de Defensa de la Competencia, la empresa sancionada había incurrido en una conducta abusiva de su posición de dominio.

SEGUNDO .- Sobre los hechos y la resolución sancionadora.

Como también recoge la Sentencia impugnada en su segundo fundamento de derecho, la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia declaró los siguientes hechos probados, no puestos en discusión por la Sala de instancia:

"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."

Por otro lado, la parte dispositiva de la resolución administrativa sancionadora reza así:

" 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."

TERCERO .- Sobre la calificación de la conducta de Gas Natural por parte de la Sentencia recurrida.

En el fundamento de derecho 4 de la Sentencia recurrida, reproducido supra , la Sala de instancia reproduce los artículos 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y 82 del Tratado de la Comunidad Europea para a continuación recordar la doctrina de esta Sala sobre la conducta abusiva de una posición dominante y la jurisprudencia comunitaria, y finalmente exponer una síntesis propia de lo que constituye semejante infracción del derecho de la competencia: así (1) expone los tipos de abuso de posición de dominio según quiénes sean los perjudicados; (2) pone de relieve en qué circunstancias una conducta restrictiva de la competencia es legítima y no puede calificarse por tanto de abusiva; (3) finalmente, subraya la necesaria calificación objetiva de la conducta -no moral o según sus intenciones- y la especial responsabilidad y diligencia que pesa sobre las empresas en posición de dominio.

De esta acertada síntesis, lo que realmente enlaza con la ratio decidendi de la Sentencia, expuesta en el posterior fundamento de derecho 7, es el punto (2) relativo a las causas de justificación de una conducta restrictiva de la competencia. En dicho apartado la Sala recuerda acertadamente que la búsqueda de una mayor eficiencia que beneficia una mayor posición competitiva no sería necesariamente abusiva de una posición de dominio, sino que sólo lo serían aquellas conductas carentes de justificación aceptable para el ordenamiento jurídico, falta 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".

Pues bien, en el fundamento 7 la Sala pasa a comprobar hasta qué punto existe abuso de dominio en el supuesto de autos y que la conducta "esté amparada o que carezca de una justificación objetiva y razonable". Y seguidamente, haciéndose eco de nuestra Sentencia de 20 de junio de 2.006 (RC 9.174/2.004) aprecia que resulta determinante "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". Entiende la Sala que en la resolución sancionadora hay muy pocas referencias a dicha cuestión y concluye que el Tribunal de Defensa de la Competencia no dio el suficiente relieve al hecho, determinante a su juicio, de 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 2.001, ya que, de hecho, la capacidad de regasificación contratada por los demás operadores se multiplicó por tres en los años 2.002 y 2.003 y la media de utilización efectiva de dicha capacidad fue del 80% durante esos mismos años".

Finalmente, la Sala hace una referencia a la situación posterior a la modificación del contrato operada en marzo de 2.003, trasladando la conclusión de que en ese período posterior no hubo efectos negativos para la competencia al momento anterior a dicha modificación, sobre la base de que la resolución sancionadora "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 2.001 como a la modificación operada en marzo de 2.003".

Concluye la Sala el referido fundamento jurídico 7 que glosamos con la afirmación de que, en aplicación de la doctrina de esta Sala "el contrato de 27 de julio de 2.001, aún en el ámbito de un mercado relevante y en una posición dominante, no supuso abuso de la misma al no constituir barrera a los competidores".

Este detenido examen de la ratio decidendi de la Sentencia impugnada resultaba imprescindible para enfocar correctamente el presente recurso de casación. En primer lugar porque la argumentación que se ha resumido pone en evidencia un error de perspectiva en la concepción de lo que constituye la noción de abuso de posición de dominio, error que conduce ya necesariamente por sí propio a la casación de la Sentencia. En segundo lugar -aunque esto sea relevante más bien ya para la posterior resolución del recurso contencioso administrativo-, porque existe un claro desajuste entre las afirmaciones fácticas de la Sentencia recurrida y las recogidas en la resolución sancionadora, sin que sin embargo se rectifiquen los hechos probados de ésta.

En efecto, como se ha puesto de relieve, la Sala de instancia basa su juicio estimatorio en que la conducta de Gas Natural no ha originado, de facto, un mercado cautivo mediante una barrera de entrada que originase la necesidad de acometer gastos desmesurados para una respuesta comercial eficaz, así como en el hecho de que ninguna empresa comercializadora de gas tuvo problemas de acceso a capacidad de regasificación que se derivara del mecanismo deslizando establecido en el contrato de 21 de julio de 2.001. Sin embargo, de la doctrina reiteradamente expuesta por esta Sala en la interpretación de los artículos 1 y 6 de la Ley de Defensa de la Competencia se deduce que tanto los comportamientos colusorios prohibidos por el primero de dichos preceptos como las conductas restrictivas de la competencia excluidas por el artículo 6 de la Ley por abusar de una posición de dominio no son sólo aquéllas que han causado una efectiva restricción de la competencia, sino que comprenden también las que son racionalmente susceptibles de ocasionar dicha restricción. En lo que respecta a las conductas colusorias, así se deduce ya del propio tenor literal del artículo 1, en el que expresamente se indica que queda prohibido toda conducta como las que enumera que "produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia", y así lo hemos aplicado y explicado en numerosas ocasiones.

En lo que respecta al abuso de la posición de dominio prohibido en el artículo 6 de la Ley, dicho precepto prohíbe la explotación abusiva de la posición de dominio en todo o parte del mercado nacional o de la situación de dependencia de otras empresas, explotación abusiva que se describe a título de ejemplo y de forma no exhaustiva en diversas conductas enumeradas en el apartado 2 del precepto y en las que en ningún caso se requiere la efectiva causación de perjuicios cuantificables a terceros competidores, sino que basta que se produzca el comportamiento abusivo descrito, el cual se entiende que es en sí mismo perjudicial para la competencia. Así, por ejemplo y sin agotar los posibles supuestos, partiendo de una posición de dominio, basta la mera imposición de precios o condiciones "no equitativos" (letra a), o la limitación "injustificada" de la producción o distribución en perjuicio de competidores (letra b) o la aplicación de condiciones "desiguales" para prestaciones equivalentes (letra d), conductas todas ellas por sí mismas anticompetitivas y perjudiciales para los restantes competidores y respecto a las que no se exige como requisito el que los competidores afectados se hayan visto finalmente privados de obtener tales productos o servicios o excluidos del mercado de

que se trate. Huelga decir que tales conductas excluyen en su propia definición que exista una causa justificada y legítima en términos de competencia que la ampare, pues en tal caso dichos comportamientos no serían "no equitativos", "injustificados" o "desiguales".

De acuerdo con lo anterior, para probar una conducta prohibida por abuso de la posición de dominio basta acreditar uno de tales comportamientos enumerados en el artículo 6.2 de la Ley de Defensa de la Competencia u otros de naturaleza análoga, sin que quepa descartar el comportamiento abusivo porque no concorra una determinada consecuencia especialmente perjudicial, como puede serlo el efectivo levantamiento de una barrera comercial o la exclusión de un mercado, como sostiene en la práctica la Sala de instancia. O, dicho de otro modo, tales circunstancias serán sin duda una muestra inequívoca de un abuso de posición dominante y una circunstancia agravante a los efectos de cuantificar la sanción correspondiente, pero la no constatación de una barrera o de una exclusión de un mercado no excluye per se que haya habido conductas prohibidas como la aplicación de precios no equitativos, la denegación injustificada de prestación de servicios o, como en el caso de autos, la reserva abusiva y privilegiada de bienes potencialmente escasos.

Por el contrario y erróneamente, la Sala minimiza los rasgos abusivos de la conducta sancionada afirmando que existen en la resolución sancionadora pocas referencias a la configuración de un mercado cautivo con barreras de entrada a los competidores "limitándose a señalar que el proceso liberalizador se 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)".

Son sin embargo estos factores los decisivos en el presente supuesto para calibrar si el contrato deslizando puede catalogarse o no como una conducta abusiva de la posición de dominio ejercida por Gas Natural en el mercado de la gestión y explotación de las infraestructuras para la importación de gas natural, licuado y gaseoso, en el mercado peninsular. En definitiva, lo determinante para constatar si hubo abuso de posición de dominio es constatar si el mecanismo del contrato deslizando enjuiciado constituía una conducta (a) sólo posible a partir de dicha posición de dominio, (b) que dañaba potencialmente por su sola existencia la competencia, y (c) sin que quepa encontrar una razón justificadora que legitimase dicho comportamiento. En otros términos, la interpretación de la Sala de instancia sólo hubiera resultado admisible si, sobre la base de un comportamiento potencialmente dañino para la competencia -el contrato deslizando-, resultase acreditada una causa competitiva legitimadora de tal conducta, con una paralela ausencia también acreditada de daños efectivos e inequívocamente ilegítimos a los competidores, como lo serían la creación de una barrera comercial, la imposibilidad de obtener de forma alternativa tales servicios o productos o circunstancias análogas.

En definitiva, debemos estimar el motivo, casando y anulando la Sentencia impugnada dado la errónea concepción del abuso de posición de dominio que se refleja en la misma, que resulta contraria a lo estipulado en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia de esta Sala. A lo que se suma que al no adoptar la Sala de instancia esta perspectiva, sino la de tratar solamente de constatar la existencia de un daño efectivo, ha hecho -como se verá- un examen parcial e incompleto de los hechos.

CUARTO .- Sobre la calificación jurídica de los hechos.

1. En primer lugar debe quedar claro que la conducta sancionada y la única que es preciso tomar en consideración es el contrato suscrito el 27 de julio de 2.001 entre Gas Natural Comercializadora y Enagás, con inclusión de la denominada cláusula deslizando, hasta su modificación llevada a cabo el 27 de marzo de 2.003 , que supuso abandonar el mecanismo de deslizamiento. Así, difícilmente se comprende el argumento de la Sentencia examinada tendente a exonerar al contrato suscrito en 2.001 de su carácter anticompetitivo en el sentido de 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" ", cuando en dicha resolución se afirma taxativamente lo siguiente:

" 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." (fundamento de derecho octavo)

2. Asumiendo la declaración de hechos probados efectuada por el Tribunal de Defensa de la Competencia nos encontramos con que por medio del contrato suscrito en 2.001 entre Gas Natural Comercializadora y Enagás -ambas sociedades pertenecientes en ese momento al 100% a Gas Natural-, Gas Natural Comercializadora contrataba a Enagás, titular de plantas de regasificación, una determinada capacidad de regasificación de gas licuado que iba destinado a la propia Enagás para que ésta cumpliera su obligación de atender las necesidades del mercado regulado en España. La particularidad litigiosa de este contrato era la llamada cláusula o contrato deslizante, por la cual la capacidad de regasificación contratada por Gas Natural Comercializadora con la citada finalidad que no fuese finalmente aprovechada por Enagás para el mercado regulado, quedaría a disposición de la propia Gas Natural Comercializadora para su venta en el mercado libre (hechos probados 1 a 3).

En cuanto a los hechos, la Sala de instancia da una relevancia determinante al dato de 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 2.001, ya que, de hecho, la capacidad de regasificación contratada por los demás operadores se multiplicó por tres en los años 2.002 y 2.003 y la media de utilización efectiva de dicha capacidad fue del 80% durante esos mismos años" (fundamento jurídico 7). Esta importancia evidencia el error ya advertido en el anterior fundamento de derecho de considerar un requisito imprescindible para que exista abuso de posición dominante un efectivo perjuicio a concretos competidores en vez de limitarse a examinar si la propia conducta supone por sí misma un comportamiento ilegítimo habida cuenta de la posición dominante en el sector de gas natural.

Pues bien, el grupo Gas Natural, por medio de las dos empresas participantes en el contrato en discusión efectivamente incurrió en un abuso de posición de dominio (1) porque retiró del mercado competitivo una determinada capacidad de regasificación originariamente destinada a satisfacer las necesidades del mercado regulado reservándola para una empresa del grupo, (2) porque en el período contemplado, 2.001 a 2.003, el mercado de regasificación estaba saturado como lo evidencia que se produjeron denegaciones de regasificación por parte de Enagás a otros operadores, (3) porque dicha conducta suponía en términos objetivos disminuir la capacidad regasificadora a disposición de empresas competidoras o dificultar el acceso de nuevos operadores de comercialización de gas, con consecuencias asimismo potencialmente perjudiciales para otros sujetos - consumidores o proveedores-, (4) porque, en contra de lo que cree la Sala de instancia, la constatación a posteriori de que otras empresas comercializadoras no agotasen su capacidad de regasificación contratada o hubiesen incrementado ésta no empece que se produjera una efectiva restricción del mercado, aunque no pudiera constatarse la existencia de concretos operadores perjudicados, y (5) porque en ningún caso puede esgrimirse como causa justificadora de una actuación competitiva legítima frente a los competidores una conducta que sea contraria a derecho en el sector material afectado.

El mercado de regasificación funciona de forma competitiva, de forma que las solicitudes de regasificación se satisfacen de forma respetuosa con la prioridad temporal en los contratos y reservas suscritos entre las empresas comercializadoras y las plantas de regasificación. El contrato deslizante supone evadir este procedimiento puesto que esa capacidad de regasificación reservada a Enagás para satisfacer el

mercado regulado y no empleada finalmente a tal fin queda a disposición de una empresa del mismo grupo empresarial en posición de dominio, Gas Natural Comercializadora, que no había contratado tal capacidad y que cuenta así con la posibilidad eventual de un mayor margen de contratación con sus clientes que los demás comercializadores, cuya capacidad de contratación se ajusta estrictamente a las cantidades reservadas mediante sus propios contratos suscritos con Enagás. El mecanismo supone así, con independencia de sus consecuencias prácticas, una conducta claramente incardinable en el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia en la medida en que, partiendo de una posición de dominio y al socaire de una función atribuida a dicho grupo por el sistema regulatorio como lo es la satisfacción de las necesidades del mercado regulado del gas, se proporciona a otra empresa del citado grupo de manera preferente y no competitiva la posibilidad de disfrutar de una capacidad de regasificación no contratada originariamente a su propio riesgo y ventura. Como lo califica el Tribunal de Defensa de la Competencia, es una conducta discriminatoria, pues supone "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". Frente a un comportamiento semejante es preciso afirmar que el acceso a la capacidad de regasificación, que en España monopoliza Gas Natural ha de responder a los principios de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios.

Se centra la Sala de instancia en el hecho del no agotamiento por los competidores de Gas Natural Comercializadora de la capacidad de regasificación contratada por ellos, pero tal dato depende en definitiva de la mejor o peor previsión de comercialización por tales operadores y, en definitiva, del mayor o menor éxito comercial de los mismos. Lo relevante, por el contrario, es el hecho puesto de manifiesto por la Comisión Nacional de Energía en su informe denuncia (pág. 45), recogido asimismo por el voto particular a dicho informe (pág. 68) y no discutido por nadie, de que la capacidad del sistema se encontraba saturada hasta 2.005, fecha en que se preveía un aumento de la capacidad mediante nuevas instalaciones o ampliación de las existentes, saturación calificada como "congestión de capacidad contractual" por estar toda la capacidad de regasificación comprometida por contratos a corto y largo plazo y precisamente, en una parte importante, por el propio contrato litigioso. De hecho, en la respuesta de 22 de julio de 2.003 de la Comisión a la solicitud de información que el Servicio le dirigió (pág. 668 del expediente), el organismo regulador indica que a partir de noviembre de 2.001 se produjeron denegaciones de regasificación por falta de capacidad en la instalaciones de Enagás.

Pues bien, en un período de saturación contractual de regasificación del sistema que llegaba incluso a provocar denegaciones de solicitudes de regasificación, el contrato de referencia, de gran magnitud y que absorbía una parte importante de la capacidad del sistema, preveía una reserva a favor de una empresa comercializadora del grupo Gas Natural al margen de la prelación temporal de solicitudes de regasificación. Esto es, mientras otros operadores veían denegadas peticiones de regasificación por falta de capacidad de las instalaciones de Enagás, Gas Natural Comercializadora tenía una reserva potencial de capacidad de regasificación en el supuesto de que la capacidad contratada por Enagás para satisfacer al mercado regulado resultase excedentaria. Ello

ha de calificarse, sin duda alguna, como un acceso privilegiado y discriminatorio al mercado de regasificación de gas licuado, contrario por lo demás a lo prevenido por el artículo 70.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos , que implica una mayor dificultad de los competidores para satisfacer a sus propios posibles clientes o a otros operadores para acceder al mercado, constituyendo así objetivamente una barrera potencial de acceso al mismo, todo lo cual incurre en conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia .

Finalmente, y aunque en principio una infracción de la regulación gasista no supone por sí misma una infracción de la competencia, tampoco es indiferente el que la conducta sancionada pueda considerarse conforme a derecho o no. En efecto, no tiene razón la Sentencia recurrida cuando afirma que es irrelevante la valoración que pudiera merecer la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la regulación específica del sector de hidrocarburos, esto es, que es indiferente desde el punto de vista de la competencia si destinar una capacidad de regasificación contratada para atender al mercado regulado para finalidades comerciales es o no admisible desde la perspectiva regulatoria (fundamento jurídico 4). En efecto, el que la cuestión decisiva en el ámbito del derecho de la competencia sea, sin duda alguna, si dicha cláusula deslizando suponía o no un abuso de posición de dominio por parte del grupo Gas Natural, no quita toda relevancia a la adecuación a la normativa gasista de dicha cláusula, puesto que difícilmente podría admitirse como causa de justificación competitiva no abusiva la búsqueda de una mayor eficiencia por medio de una actuación contraria a derecho.

A este respecto, ya hemos puesto de relieve que un acceso privilegiado como el sancionado, aparte de resultar contrario a las exigencias del derecho de la competencia, es disconforme con lo previsto en el citado artículo 70.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos . En efecto, la exigencia del citado precepto de asegurar el acceso a las instalaciones sobre la base de principios de no discriminación, transparencia y objetividad excluye que el gas reservado al mercado regulado y no empleado para dicha finalidad pueda atribuirse de forma contraria a dichos principios, lo que abunda en la necesidad ya justificada de que el eventual sobrante vuelva al mecanismo ordinario de contratación en el mercado libre sometido al criterio de la reserva según la fecha de solicitud.

En este sentido, difícilmente puede aplicarse al presente supuesto la doctrina expuesta en la ya citada Sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2.006 , en la que señalamos que en el marco del derecho de la competencia cabía un comportamiento que, pese a originar una restricción de la competencia incluso a partir de una posición de dominio, respondiera a una actuación competitiva legítima, valoración que sólo puede realizarse a la vista del marco fáctico y de los comportamientos de los restantes agentes del mercado en disputa con el operador dominante.

Así, en aquella ocasión apreciamos que la actuación de Telefónica (una campaña publicitaria) tenía por sí misma una naturaleza y finalidad competitiva:

"[...] En lo sustancial, pues, el contenido de la oferta publicada no era contrario, sino favorable, a la libre competencia: los programas de descuento ofrecidos tenían un efecto favorable para los usuarios del mercado relevante y, junto con las demás actuaciones de los nuevos operadores entrantes, tuvieron como consecuencia el descenso generalizado de los precios que era precisamente uno de los objetivos prioritarios de la política de liberalización de las telecomunicaciones auspiciada por la

Ley 12/1997, de 4 de abril." (fundamento de derecho séptimo in fine)

En segundo lugar, entendíamos que la cuestión relevante no era el hipotético propósito subjetivo de la empresa sino "el carácter objetivamente antijurídica de su actuación":

" Octavo.- [...] A nuestro juicio lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación. La intención de "obstaculizar" la entrada de un nuevo competidor no es sancionable por este título si su instrumentación se hace por medios legítimos. Y es que, en realidad, la distinción entre lo que resulta ser la respuesta legítima de una empresa con posición dominante que ve amenazados sus propios intereses comerciales por los competidores (y puede reaccionar frente a ellos adoptando las medidas razonables que estime oportunas, pues su posición de dominio no le obliga a la mera pasividad) y lo que constituye explotación abusiva de su previa posición dominante, dicha diferencia, decimos, estriba más en las características objetivas de los medios de reacción que en la finalidad de esta última.

Cuando, como en este caso ocurrió, el "obstáculo" opuesto al incipiente nuevo competidor consiste en replicar a sus condiciones comerciales ofreciendo el operador históricamente asentado unos descuentos tarifarios análogos o mejores que aquél pero carentes de contenido objetivamente predatorio (y tanto más si dichos descuentos obtienen el informe favorable del regulador de las telecomunicaciones y la subsiguiente aprobación administrativa, finalmente conseguida en lo sustancial), la reacción del operador dominante puede reputarse legítima, al margen del designio subjetivo que se quiera imputar a dicha conducta. Incluso admitiendo que su propósito fuera el de "inhibir" la aceptación por el usuario de los servicios del nuevo operador telefónico, ofreciendo el dominante unas condiciones comerciales más atractivas, incluso en ese caso, tal como acertadamente afirmaba la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones en sus resoluciones de 19 de febrero y 30 de abril de 1998 al concluir el análisis de las características de los descuentos tarifarios ofrecidos y pronunciarse sobre su adecuación a las condiciones de competencia en el mercado telefónico, constituiría una "legítima respuesta en el nuevo entorno competitivo". [...]" (fundamento de derecho octavo)

Y, en tercer lugar, descartábamos que la campaña publicitaria en discusión estuviese encaminada o tuviese como consecuencia la creación de un mercado cautivo. En ningún caso, por tanto, la conducta enjuiciada era por sí misma contraria a las normas reguladoras de los sectores materiales afectados (telecomunicaciones y medios de comunicación).

En el presente caso, nos encontramos, por el contrario, con un comportamiento irregular desde la perspectiva de la regulación gasista, circunstancia que excluye la consideración de que el mismo pueda presentarse como una legítima respuesta comercial en defensa de los intereses competitivos de la empresa sancionada como ocurría, en cambio, en aquel supuesto.

QUINTO .- Sobre las restantes alegaciones de la demanda.

En cuanto a las restantes alegaciones de la demanda contencioso administrativa, que por lo demás no habían sido combatidas en la casación, asumimos la respuesta que les dio la Sala de instancia, en los siguientes términos:

" 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 fundamentación 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." (fundamento jurídico 5)

SEXTO .- Conclusión y costas.

De lo expuesto en los precedentes fundamentos de derechos se deriva la estimación del recurso de casación, anulando la Sentencia de instancia, así como la procedencia de desestimar el previo recurso contencioso administrativo entablado por Gas Natural SDG contra la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2.005 que le condenaba por infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, resolución que declaramos conforme a derecho.

No concurren las circunstancias legales para imponer condena en costas ni en la instancia ni en la casación, según lo previsto en los artículos 95.3 y 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Gas Natural SDG, S.A. contra la sentencia de 13 de marzo de 2.007 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 471/2.005, sentencia que casamos y anulamos.

2. Que DESESTIMAMOS el mencionado recurso, interpuesto por Gas Natural SDG, S.A. contra la resolución del pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 16 de junio de 2.005, por la que se resolvía el expediente sancionador 580/04 (2430/02 del Servicio de Defensa de la Competencia).

3. No se hace imposición de las costas del recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-