



RESOLUCIÓN 638/08 GAS NATURAL 2

CONSEJO

D. Luís Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
Dña. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
Dña. María Jesús González López, Consejera
Dña. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 26 de marzo de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, y siendo Ponente la Consejera D^a Pilar Sánchez Núñez, ha dictado esta Resolución en el expediente sancionador nº 638/08 (Expte nº 2595/05 del Servicio de Defensa de la Competencia, (en adelante el Servicio), que trae causa en la denuncia formulada por la COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA (en adelante CNE) por el que se imputa a GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG (en adelante GND o GAS NATURAL) una infracción del artículo 6.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 7 de marzo de 2005 la CNE remitió al Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante el Servicio, hoy la Dirección de Investigación) el "Informe sobre los escritos de denuncia de GAS ALICANTE, S.A.U. (en adelante GAS ALICANTE) contra GAS NATURAL SDG, S.A. por la conexión a la red de distribución de gas natural en los términos municipales de Albaterra y Elda (Alicante) (en lo sucesivo "el informe)". En el informe la CNE incluía además la descripción de otros conflictos de similar naturaleza denunciados por GAS ARAGÓN, S.A. (en adelante GAS ARAGÓN) y por MERIDIONAL DE GAS, S.A.U. (en adelante MERIDIONAL DE GAS).
2. El Servicio inició la fase de información reservada y con fecha 10 de junio de 2005 remitió escritos solicitando información a GAS ALICANTE, S.A.U.; GAS ARAGÓN, S.A. y a MERIDIONAL DE GAS, S.A.U. para que actualizasen el estado de los hechos denunciados ante la CNE y aportasen otra información referente al mercado afectado.
3. El 6 de octubre de 2005, a la vista del análisis de la información disponible el Servicio dicta Providencia acordando la incoación de oficio, poniéndolo en



conocimiento de GAS ALICANTE, GAS ARAGON, MERIDIONAL DE GAS y GAS NATURAL.

4. El 11 de septiembre de 2006 se dicta ACUERDO de Sobreseimiento del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia.
5. El 26 de septiembre de 2006 GAS ALICANTE, GAS ARAGON y MERIDIONAL DE GAS, presentan recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, (en adelante el Tribunal) hoy Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) contra el anterior Acuerdo de Sobreseimiento del Servicio. Tras ser admitido a trámite en el Tribunal, se declaran interesados a GAS ALICANTE SAU, GAS ARAGÓN SAU, MERIDIONAL DE GAS SAU y GAS NATURAL SDG SA.
6. Habiéndose recibido alegaciones de todas las partes interesadas, el Consejo resolvió en sesión plenaria el 6 de septiembre de 2007, estimar el recurso de sobreseimiento e interesar del SDC la continuación del procedimiento con los actos de instrucción necesarios para concluir el esclarecimiento de los hechos.
7. Recibido en la Dirección de Investigación (en adelante la DI) la resolución estimatoria del Consejo, ésta procedió a solicitar información adicional a GAS NATURAL SDG, GAS ALICANTE, GAS ARAGON, MERIDIONAL DE GAS, Direcciones Generales de Energía de la Generalidad Valenciana, de la Junta de Andalucía y de la Xunta de Aragón y a la CNE el 9 de octubre de 2007.
8. GAS ALICANTE, GAS ARAGON y MERIDIONAL DE GAS, dieron respuesta a la solicitud de información el 30 de octubre de 2007. El 21 de noviembre de 2007 se recibió escrito complementario del anterior y el 31 de enero de 2008 GAS ALICANTE presentó nuevo escrito de alegaciones.
9. GAS NATURAL contestó el 5 de noviembre de 2007 al escrito de requerimiento de información de la DI.
10. El 14 de noviembre de 2007 se recibió el escrito de contestación de la Junta de Andalucía.
11. El 4 de diciembre de 2007 se recibió el escrito de contestación de la Generalidad Valenciana.
12. La CNE remitió un escrito de contestación parcial el 21 de diciembre de 2007, siendo recibido el escrito final el 15 de febrero de 2008.
13. El Gobierno de Aragón envió escrito de contestación el 22 de enero de 2008.
14. La DI realizó un nuevo requerimiento de información el 25 de enero de 2008.
15. El 27 de marzo de 2008 la DI remite el acuerdo del sobreseimiento de 12 de los 14 conflictos denunciados e investigados, y la imputación de GAS NATURAL por infracción del artículo 6.1. LDC en los otros 2 conflictos, elevando Informe-Propuesta al Consejo de la CNC.
16. El 9 de abril se recibe en el Consejo contestación del requerimiento de información solicitado por la DI a la Junta de Andalucía.



17. El 11 de abril de 2008 el Consejo da trámite de Prueba y Vista.
18. El 13 de noviembre de 2008 el Consejo realiza una serie de pruebas propuestas por las partes.
19. El 23 de diciembre de 2008 GAS NATURAL presenta su valoración de pruebas.
20. El 30 de diciembre de 2008 GAS ALICANTE presenta su valoración de pruebas.
21. El 30 de enero de 2009, GAS ALICANTE presenta su escrito de conclusiones finales y el 31 de enero de 2009 lo presenta GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A.
22. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolvió este expediente en su sesión plenaria del día 25 de marzo de 2008.
23. Son interesados:
 - A. GAS ALICANTE, S.A.
 - B. GAS NATURAL SDG, SA

HECHOS ACREDITADOS

1. Las Partes

- GAS ALICANTE S.A. Unipersonal, fue constituida inicialmente bajo la denominación de “Distribuidora de Gas Canalizado de la Comunidad Valenciana”. Actualmente es una de las distribuidoras de gas del Grupo ENDESA, en virtud de una absorción acordada el 18 de junio de 2008. Las dos entidades tenían como socio único a ENDESA GAS S.A.
- GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A. es una filial de GAS NATURAL SDG, S.A., constituida el 6 de abril de 2004, a la que se incorporó la totalidad de la actividad de distribución de gas correspondiente a GAS NATURAL SDG, S.A. Dicha segregación fue aprobada por la CNE mediante resolución de 8 de noviembre de 2005.

2. Agentes y funcionamiento del sistema

En el sistema de gas natural en España participan como agentes los productores, los transportistas, los distribuidores, los comercializadores, los consumidores y el gestor técnico del sistema. A los efectos del expediente, se detallan a continuación únicamente las respectivas funciones de los operadores que intervienen en los casos examinados:



- **Transportista.** Es el titular de instalaciones de almacenamiento, regasificación o gasoductos de transporte de presión superior a 16 bar (Art. 58 a) Ley 34/1998, de 7 de diciembre, del Sector de Hidrocarburos (LSH) y Art. 3.2 R.D. 1434/2002, de 27 de diciembre que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural. Adquiere el gas natural en el mercado internacional para su venta a otros transportistas y/o a los distribuidores para el mercado a tarifa, y además permite el acceso a sus instalaciones a aquellos terceros (transportistas, comercializadores y consumidores cualificados) que lo soliciten, a cambio del pago de un peaje (Art. 61 y 70 LSH y Art. 6.3 R.D. 1434/2002). El transportista principal es ENAGAS (efectúa el 90% del transporte, aproximadamente), pero también los grupos GAS NATURAL, ENDESA y NATURCORP cuentan con filiales propietarias de gasoductos de transporte.
- **Distribuidor:** Es el titular de instalaciones de distribución de gas natural con presión menor o igual de 16 bar o que alimenten a un solo consumidor (Art. 8 R.D. 1434/2002 y 73 LSH). Su función es transmitir el gas natural por canalización desde las redes de transporte hasta los puntos de suministro, así como construir, mantener y operar las instalaciones de distribución; además de vender gas natural a los consumidores a tarifa (Art. 58 c) LSH y Art. 7.1, 10.3 y 12 R.D. 1434/2002). Compra el gas al transportista a un precio de transferencia regulado y lo vende también a precio regulado a los clientes a tarifa (R.D. 949/2001, de 3 de agosto que regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y establece un sistema económico integrado del sector de gas natural. Al igual que el transportista, el distribuidor debe permitir el acceso a sus instalaciones a terceros (Art. 74, 75, 76 LSH; 10.2 R.D. 1434/2002; y Art. 3.4 R.D. 949/2001).
- **Gestor Técnico del Sistema:** Papel asignado a ENAGAS en su condición de transportista principal. Es el responsable de la gestión técnica de la red básica y de transporte secundario de gas natural, así como de la coordinación de todos los agentes, con el objetivo de garantizar la continuidad y seguridad del suministro de gas natural y la correcta coordinación entre los puntos de acceso, los almacenamientos, el transporte y la distribución, bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia. (D.A. 20ª Art. 58 b), 64 y 65 LSH).

La regasificación, transporte, almacenamiento y distribución, como actividades reguladas se hallan sometidos a un sistema de retribución cuyo cálculo se efectúa conforme a criterios establecidos en el R.D. 949/2001, en el que igualmente se recoge el procedimiento de liquidación. Como se indica ya en la misma Exposición de Motivos de dicho R.D., *“en el caso de las instalaciones de almacenamiento de gas natural y transporte, la retribución se calcula de forma individual para cada instalación y para las instalaciones de distribución, la retribución se calcula para el conjunto de la actividad de cada empresa distribuidora”*.



3. Instalaciones que constituyen el sistema gasista

El sistema gasista comprende las instalaciones incluidas en la Red Transporte, la Red de Transporte Secundario, la Red de Distribución y demás instalaciones complementarias (Art. 59.1 LSH).

- **Red Básica de Transporte** (Art. 59.2 LSH; Art. 4.1a) R.D. 1434/2002). Aparte de las *plantas de Licuefacción y de Regasificación* y otras instalaciones, está constituida por los *Gasoductos de Transporte Primario*, que son aquellos cuya presión máxima de diseño es igual o superior a 60 bar. Estos ejes de transporte primario estructuran el resto de la red de gasoductos, suelen operar a presiones de entre 72 y 80 bar y con diámetros que oscilan entre 48" y 20", con grandes longitudes, de cientos de kilómetros, pasando en su recorrido por más de una comunidad autónoma.
- **Red de Transporte Secundario** (Art. 59.3 LSH; Art. 4.1f) R.D. 1434/2002). Integrada por aquellos gasoductos cuya presión máxima de diseño sea menor de 60 y mayor de 16 bar. Esta red secundaria se conecta a los ejes de transporte primario, y su principal objetivo es acercar el gas a los núcleos de población. Normalmente, estos gasoductos operan a unos 40-45 bar, con diámetros entre 20"-8" y longitudes de 5-50 Km., discurriendo dentro de una comunidad autónoma.
- **Red de Distribución** (Art. 59.4 y 73 LSH; Art. 8 R.D. 1434/2002). Integrada por aquellos gasoductos cuya presión máxima de diseño sea igual o inferior a 16 bar (y aquellos otros que, con independencia de su presión máxima de diseño, tengan por objeto conducir el gas a un único consumidor partiendo de un gasoducto de la red básica o de transporte secundario). Dentro de estos gasoductos de distribución cabe distinguir:
 - o Los gasoductos con presión de diseño de 16 bar que, a efectos de funcionalidad, son similares a los de transporte secundario, se conectan a los gasoductos de transporte primario o secundario y su objetivo es conducir el gas desde estos hasta las proximidades de los núcleos de población.
 - o Los restantes gasoductos de distribución, construidos dentro de la población, que suelen operar a no más de 4 bar, y constituyen redes mas o menos malladas que distribuyen el gas natural en el interior de la población llegando hasta el consumidor final.

Otros elementos a tener en cuenta, y no menos importantes a los efectos del asunto que se examina, son las **instalaciones de control del gas** que circula por las conducciones, sean éstas de transporte o de distribución, contempladas en los Art. 4.1h) y 8 del RD 1434/2002. Dichas instalaciones están constituidas, fundamentalmente, por las denominadas Estaciones de Regulación y/o Medida (ER EM, ERM) mediante las que se controlan y modula la presión y/o caudal del gas y se mide el volumen del mismo transferido entre operadores (de un transportista a un distribuidor, o de un distribuidor a otro). El punto de entrega, esto es, la conexión



entre las respectivas redes, exige la construcción de las estaciones de regulación y medida correspondientes. Pueden entenderse específicamente contempladas en la normativa sectorial en el R.D. 949/2001, cuyo Art. 10, relativo a los derechos y obligaciones de los titulares de las instalaciones relacionados con el acceso de terceros a las mismas, alude en los apartados 2 d) y j) a los *“equipos de medida,... necesarios para el buen funcionamiento del sistema tanto desde el punto de vista técnico como del económico...”* y a la exigencia de verificar periódicamente *“los equipos de medida de volumen y características del gas, y de las instalaciones de los puntos de suministro conectadas a sus redes,...”*. Según la misma norma, *“estos equipos serán, salvo acuerdo en contrario, propiedad de la empresa que realiza la entrega de gas a otra instalación”*.

Conforme a la estructura de la red de gasoductos que se acaba de exponer, el gas natural que entra en el sistema recorrerá en primer lugar los ejes de transporte primario, para después atravesar los gasoductos de transporte secundario y/o de distribución de 16 bar, antes de entrar en la red, de menor presión, que discurre por los núcleos urbanos y que llega hasta el consumidor final.

En consecuencia, una empresa distribuidora que desee distribuir gas natural en un municipio o población, para poder disponer del gas natural, tendrá que conectar la red de distribución construida dentro de la población a una red de transporte secundario o a una red de distribución de 16 bar de presión, que son las conectadas a los ejes de transporte primario.

El Art. 12.1 del R.D. 1434/2002 establece que *“las redes de distribución deberán alimentarse preferentemente desde una red de transporte, pudiendo, asimismo, alimentarse a partir de otra red de distribución de presión máxima de diseño superior a 4 bar, siempre que ésta disponga de suficiente capacidad de suministro, atendiendo a criterios de racionalidad técnica y económica”*. Según indica la CNE en su Informe, este criterio de racionalidad técnica y económica debe interpretarse en el sentido de que cuando la red de distribución a 16 bar dispone de capacidad sin utilizar, y la red básica de transporte se encuentra alejada, el titular de la red debe permitir la conexión de otras distribuidoras a la misma, evitando de esta manera la duplicación innecesaria de estas redes de conexión (Fol.16). Interpretación que es acorde con el derecho reconocido a los distribuidores en el artículo 10.2 c) del R.D. 1434/2002 a *“conectarse a la red de transporte o a la red de distribución de presión máxima de diseño superior a 4 bar más cercana con capacidad suficiente para acceder al abastecimiento de gas natural necesario para atender la demanda correspondiente a su zona de autorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12”*.

A este respecto, es de señalar que Gas Natural es el titular de la mayor parte de las redes de distribución de 16 bar, que fueron cedidas por su anterior propietario, el transportista ENAGAS, a raíz de la escisión parcial de activos que tuvo lugar entre ENAGAS y Gas Natural en 1999.



4. Autorización administrativa para ejercer la actividad

Conforme al Art. 55.1 b) de la LSH, las instalaciones de distribución requerirán autorización administrativa previa, debiendo acreditar los solicitantes de la misma una serie de requisitos (Art. 733 LSH y 9.2 y 67 a 85 R.D. 1434/2002). Dicha autorización, que no concederá derechos exclusivos de uso, será otorgada por la Administración competente (Art. 69 R.D. 1434/2002), incluyendo el procedimiento de autorización un trámite de información pública y la forma de resolución en el supuesto de concurrencia de dos o más solicitudes de autorización (Art. 73.4 LSH). La ley prevé que las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución puedan ser otorgadas mediante un procedimiento que asegure la concurrencia, promovido y resuelto por la Administración competente (Art. 73 7 LSH).

La autorización de instalaciones de distribución contendrá todos los requisitos que deban ser observados en su construcción y explotación, la delimitación de la zona en la que se debe prestar el suministro, los compromisos de expansión de la red en dicha zona que debe asumir la empresa solicitante y, en su caso, el plazo para la ejecución de dichas instalaciones y su caracterización (Art 73 5 LSH), pudiendo ser revocada la concesión si el concesionario incumpliera estas condiciones y requisitos (Art. 73.6 LSH).

Según especifica el Art.70 (Actos administrativos de la autorización) del R.D. 1434/2002,

“1. La construcción, ampliación, modificación y explotación de todas las instalaciones gasistas a las que se refiere el artículo 67.1 del presente Real Decreto requieren las resoluciones administrativas siguientes:

- a) Autorización administrativa, que se refiere al proyecto genérico de la instalación como documento técnico-económico que se tramitara, en su caso, conjuntamente con el estudio de impacto ambiental, y otorga a la empresa autorizada el derecho a realizar una instalación concreta en determinadas condiciones.*
- b) Aprobación del proyecto de detalle de las instalaciones o de ejecución de las mismas, que se refiere al proyecto concreto de la instalación y permite a su titular realizar la construcción o establecimiento de la misma.*
- c) Autorización de explotación, que permite, una vez ejecutado el proyecto, poner en gas las instalaciones y proceder a su explotación comercial, y se concretará mediante el levantamiento del acta de puesta en servicio de las instalaciones.*

2. Las solicitudes de autorización administrativa y aprobación del proyecto de ejecución, definidas en los párrafos a) y b) del presente artículo, podrán efectuarse de manera conjunta o separada.

(..)”.



5. Conexión del distribuidor con las redes de transporte o distribución

La LSH establece que *“cuando las instalaciones autorizadas hayan de conectarse a instalaciones ya existentes de distinto titular, éste deberá permitir la conexión en las condiciones que reglamentariamente se establezcan”* (Art. 73.5).

Dichas condiciones para la conexión del distribuidor con las redes de transporte o de distribución de otros titulares de instalaciones, así como las competencias para resolver las discrepancias que pudieran surgir respecto a la conexión, están recogidas en el R.D. 1434/2002, de 27 de diciembre, que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.

Así, entre los derechos de las empresas distribuidoras se cuentan, según el Art. 10.2 del R.D. 1434/2002, los de:

“a) El reconocimiento por parte de la Administración de una retribución por el ejercicio de su actividad regulada.

b) Adquirir al transportista a cuya red esté conectado, bien directamente o indirectamente a través de otro distribuidor, el gas natural necesario para atender el suministro de sus clientes a tarifas, adquisición que se hará al precio de cesión fijado por el Gobierno (Art. 93 LSH).

c) Conectarse a la red de transporte o a la red de distribución de presión máxima de diseño superior a 4 bar más cercana con capacidad suficiente para acceder al abastecimiento de gas natural necesario para atender a la demanda correspondiente a su zona de autorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12”.

(...)

Y teniendo, entre las obligaciones recogidas en el Art. 10.3, las de:

(...)

b) Suministrar gas natural a los consumidores a tarifa.

c) Realizar sus actividades en la forma autorizada y conforme a las disposiciones aplicables, prestando el servicio de distribución de forma regular y continua con los niveles de calidad que se establezcan.

d) Construir y explotar sus redes de distribución de gas natural e instalaciones complementarias de acuerdo con las disposiciones aplicables y con los requisitos establecidos en las correspondientes autorizaciones administrativas de construcción y explotación de las instalaciones, y de conformidad con los proyectos de construcción y desarrollo de la red, autorizados en el ámbito geográfico definido en la citada autorización.

e) Proceder a la ampliación de las instalaciones de distribución en su ámbito geográfico, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes autorizaciones administrativas, para atender a las nuevas demandas de suministro de gas natural,



así como de acuerdo con las previsiones recogidas en los planes anuales de ampliación de las redes de distribución autorizados.

f) Operar y mantener sus redes de distribución.

(...)

Y el mencionado artículo 12 establece lo siguiente:

1. Las redes de distribución deberán alimentarse preferentemente desde una red de transporte, pudiendo, asimismo, alimentarse a partir de otra red de distribución de presión máxima de diseño superior a 4 bar, siempre que ésta disponga de suficiente capacidad de suministro, atendiendo a criterios de racionalidad técnica y económica.
2. Con el fin de garantizar el abastecimiento de gas a las redes de distribución, el distribuidor deberá formular consulta al transportista o al distribuidor sobre la disponibilidad de caudales de gas y presiones adecuadas en los puntos de entrega de gas.

A los referidos efectos, los distribuidores que deseen conectarse a una red de transporte o de distribución, de presión máxima de diseño superior a 4 bar, de gas, enviarán a/transportista o al distribuidor una solicitud de conexión a dicha red de transporte, indicando los caudales de gas previstos. Los costes que correspondan a dicha conexión serán, en cualquier caso, soportados por el distribuidor solicitante.

El transportista o el distribuidor dispondrán de un plazo de cuarenta días hábiles para contestar a la solicitud, indicando el punto de conexión más adecuado, las condiciones técnicas de conexión, las presiones disponibles en el punto de entrega, costes necesarios para efectuar la conexión y plazos de ejecución.

3. En caso de discrepancias respecto a la citada conexión, entre distribuidor y transportista o distribuidor, podrán elevarse las actuaciones producidas a la Comisión Nacional de Energía, para que resuelva en un plazo de tres meses; cuando la competencia corresponda a la Administración General del Estado, o, en su caso, al órgano competente de la correspondiente Comunidad Autónoma para que resuelvan en un plazo de tres meses.

Por tanto, la actividad de distribución de gas natural se halla regulada en todos sus aspectos, desde los requisitos necesarios para optar a la autorización administrativa exigida para ejercerla, pasando por la exclusividad territorial que otorga, y las condiciones relativas a la conexión entre redes, sin olvidar la retribución a los operadores (que como ya se ha dicho, se regula en el R.D. 949/2001).

6. Escisión de ENAGAS y GAS NATURAL

GNSDG, en escritura de cesión parcial de 21 de junio de 1999 adquirió los activos de distribución de ENAGAS y, por tanto, también la red a la que GAS ALICANTE



desea conectar su propia red. La transmisión de activos de distribución no contenía la prestación principal del contrato de 1 de julio de 1999 entre GAS ALICANTE y ENAGAS porque ENAGAS seguía siendo, como transportista, el responsable de aprovisionar el mercado a tarifa. No obstante, el punto de entrega a ejecutar debía realizarse sobre la red de distribución, que si pasaba a GAS NATURAL SDG S.A. (folio 1219, declaraciones de GNSDG).

7. Conflicto con Elda

ENAGAS y GAS ALICANTE (GA) firman un contrato de suministro el 1 de julio de 1999 y el 1 de diciembre de 2000 firman el Anexo I. En el contrato se especifican las cantidades de referencia anuales, el consumo en Mte/año y el caudal horario punta tanto para consumo domestico comercial como para la pequeña industria, y para los años 1999 a 2003. Estas cantidades serán de referencia y no tendrán carácter vinculante para los años posteriores, siendo vinculantes a partir del 1 de enero de 2003 las cantidades realizadas durante los tres primeros años. El contrato contempla 8 puntos de suministro, entre los que se encuentran dos puntos en Elda con caudales de 1150 m³(n)/h y 500 m³(n)/h, con presiones máximas de 16 bar y mínimas de 6 bar. (Folios 97-129).

Las acometidas realizadas para los puntos de suministro fueron pagadas por GA a ENAGAS según consta en el expediente (folios 131-134)

El 19 de julio de 2004 la Generalitat Valenciana certifica que las instalaciones están aptas para su puesta en marcha y funcionamiento. (folio 136)

El 23 de abril de 2004 GAS ALICANTE se dirige a GAS NATURAL SDG, para conectar sus redes. No hay respuesta de GNSDG y GAS ALICANTE se dirige a la Generalitat Valenciana, solicitando que se aplique el Art.12.3 del RD 1434/2002. (F702-703). También se dirige a la CNE (F138).

ASPRODIS, cliente de GAS ALICANTE le reclama a ésta que proceda al suministro de gas natural ante la inminente puesta en marcha de la residencia de la Asociación Pro-Disminuidos Psíquicos de Elda y Comarca en ELDA el 28 de julio de 2004 y el 7 de septiembre de 2004. (folio 145 y 150). Para poder suministrar servicio al cliente se procedió a adaptar las instalaciones de las residencias para que estas pudieran funcionar con gas propano en bombonas, e iniciar así el suministro con ese combustible.

El 31 de mayo de 2005 la Generalitat Valenciana resuelve declarar la conexión entre ambas redes en las condiciones convenidas entre las partes.

El 21 de abril de 2006 GAS ALICANTE solicita al Director General de la Generalitat Valenciana adopción de acciones pertinente para la ejecución inminente de lo dispuesto en la Resolución anterior.



La conexión finalmente se puso en servicio el 10 de julio de 2006, levantándose acta el 18 de julio de 2006. En la actualidad la conexión se está realizando en las condiciones contratadas con ENAGAS.

GAS ALICANTE realizó instalaciones de batería de bombonas de propano para atender el servicio a un cliente, con fecha 18 de noviembre de 2004. (folio 70 Consejo).

La falta de cumplimiento de los compromisos adquiridos por Gas Alicante con sus clientes queda reflejada en el acta notarial levantada el 31 de enero de 2006. (folio 74 Consejo).

8. Conflicto con Albaterra

El 18 de abril de 2000 ENAGAS ofrece a GAS ALICANTE las condiciones técnico económico del suministro para el municipio de Albaterra (Alicante), que GAS ALICANTE acepta mediante escrito de 4 de mayo de 2000, y que se incluye en el "Contrato de Suministro" firmado el 1 de julio de 1999 (folios 63 y 65).

Las acometidas realizadas para los puntos de suministro fueron pagadas por GA a ENAGAS según consta en el expediente (folios 67-69).

El 19 de julio de 2004 la Generalitat Valenciana certifica que las instalaciones están aptas para su puesta en marcha y funcionamiento. (folio 71).

El 14 de octubre de 2003 GAS ALICANTE se dirige a GAS NATURAL SDG, para conectar sus redes. Se reitera el 11 de noviembre de 2003. No hay respuesta de GNSDG y GAS ALICANTE se dirige a la Generalitat Valenciana, solicitando que se aplique el artículo 12.3 del RD 1434/2002. (folios 79-81).

El 7 de abril de 2004 la Generalitat Valenciana resuelve que GAS NATURAL SDG debe proceder a efectuar la conexión a la Distribuidora GAS ALICANTE en el polígono Mas del Bou en Albaterra, según las condiciones pactadas entre las partes (folio 82).

El 27 de septiembre de 2004 GAS ALICANTE solicita al Director General de la Generalitat Valenciana adopción de acciones pertinente para la ejecución inminente de lo dispuesto en la resolución anterior. Esta petición la reitera el 14 de octubre de 2004 (folios 88 y 91).

El 19 de mayo de 2005 GAS ALICANTE firma acuerdo de suministro con cliente para ponerle en servicio gas natural en mayo de 2005 (folio 59 Consejo).

GAS ALICANTE solicita al Director General de la Generalitat Valenciana la adopción de acciones pertinentes para la ejecución forzosa e inmediata de lo dispuesto en la resolución de 7 de septiembre de 2004 en varias ocasiones más, la última el 20 de septiembre de 2007.



El 11 de febrero de 2008 se levanta acta de “Ejecución subsidiaria de la conexión de las instalaciones de distribución de gas natural en el polígono Mas del Bou, en el término municipal de Albaterra de la provincia de Alicante”, ordenada por el Director General de Energía.

Gas Alicante realizó instalaciones provisionales de butano para cumplir sus obligaciones de prestación de servicio contratada con clientes, así como la instalación de planta satélite de Gas Licuado de Petróleo (GLP). Los importes superan los 12.000 €. (folios 64-66 Consejo).

9. El Informe de la CNE

La CNE ha emitido informe en el marco del presente expediente sancionador, a solicitud de la Dirección de Investigación (DI) el 8 de noviembre de 2007. En dicho Informe consta lo siguiente:

Gasoductos de transporte

En el año 2006, el número de kilómetros de gasoductos de transporte en España era de 8.789 Km., siendo la principal empresa transportista ENAGAS, con el 86,6% de los gasoductos.

Los gasoductos de transporte primario tenían una longitud de 7.948 Km., de los cuales el 95,6 % corresponde a ENAGAS.

Los gasoductos de transporte secundario tenían una longitud de 841 Km., de los cuales el 68,6 % corresponde al GRUPO GAS NATURAL.

Gasoductos de distribución

En el año 2004, el número de kilómetros de gasoductos de distribución en España era de 43.130 Km., siendo la principal empresa distribuidora el GRUPO GAS NATURAL, con el 84 % de los gasoductos.

En particular, en el segmento de gasoductos de distribución en alta presión (gasoductos de presión máxima de servicio superior a 4 bar e igual o inferior a 16 bar), la longitud de red es de 6.306 Km., de los cuales el 87% corresponde a gasoductos del GRUPO GAS NATURAL (5.497 Km.).

- Concepto de “Alejada” en relación a la red básica de transporte.

Teniendo en consideración:

- Los planos enviados por Gas Natural Distribución de las redes de distribución en alta presión más cercanas a los municipios afectados por el expediente
- La longitud y diámetro de cada una de las redes



- Los puntos de conexión de la red de distribución de Gas Natural a la red de transporte de ENAGAS
- Ubicación de los términos municipales afectados en el expediente
- Los puntos de conexión a la red de distribución solicitada por las distribuidoras del grupo ENDESA

La CNE elabora el siguiente cuadro:

Distancias del punto de entrega solicitado a los posibles puntos de conexión con la red de distribución y con la red de transporte:

Punto de conexión	Distancia aproximada a punto de conexión con red de GND	Distancia aproximada a punto de conexión con red de ENAGAS	Longitud adicional necesaria para conectar a la red de transporte
Albatera	2,5 km	8 km	5,5 km
Elda	Inferior a 500 m	32,7 km	32,7 km

Fuente: CNE

La CNE valora que desde el punto de vista técnico en todas las poblaciones analizadas existen dos alternativas para el suministro a las zonas a gasificar:

- La conexión a la red de transporte a ENAGAS
- La conexión a la red de distribución de alta presión de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN

Para valorar cual de las dos alternativas técnicamente validas supone una mayor racionalidad económica se ha calculado la longitud de gasoducto que el denunciante debería construir para unir su red a ENAGAS (el transportista) en lugar de conectarse a las redes de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN, el denunciado. Cada tramo de un kilómetro se valora que costaría unos 185.000 € para un diámetro de 8 pulgadas (según ORDEN ITC/3863/2007, de 28 de diciembre) y un coeficiente de 0,75 considerando que se trata de una red de distribución y no de transporte. Dichas longitudes necesarias para conectarse a la red alternativa del transportista (ENAGAS) serían:

Diferencia de distancia entre las dos alternativas y resultado final del análisis

Punto de conexión	Longitud adicional necesaria para conectar a la red de transporte	Clasificación
Albatera	5,5 km	Alejado
Elda	32,7 km	Alejado

Fuente: CNE



La valoración de la CNE es que para distancias superiores a los 3 km se considera que la alternativa técnica es “cercana” al punto de conexión requerido, mientras que por encima de esa distancia se valora que la conexión está “alejada”, es decir tendrían un coste económico muy superior. En algunos casos, más de 8, superan los 10 km.

Recuerda la CNE que existe otra variable a considerar como es “*la necesidad de que la red disponga de capacidad sin utilizar*”.

FUNDAMENTOS DERECHO

Primero.- El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. La Disposición Transitoria Primera de esta Ley, en su número 1, dispone que los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.

Segundo.- La presente Resolución tienen por objeto resolver sobre la cuestión planteada por la DI respecto a si GND habría cometido una infracción al artículo 6.1. de la LDC en los casos denominados Albatera y Elda, en los que se habría comportado obstaculizando el acceso de GAS ALICANTE, S.A.U. a su red de distribución, retrasando y denegando de forma injustificada la puesta en marcha del punto de entrega solicitado por GAS ALICANTE para poder iniciar su actividad de distribución en los municipios señalados, generando un perjuicio tanto a los consumidores como a la propia distribuidora.

Antes de entrar a valorar la existencia de infracción a la LDC es preciso pronunciarse, como se hace en los dos siguientes fundamentos de derecho, sobre dos cuestiones que el imputado GAS NATURAL alega, como son el no haber podido ejercitar adecuadamente su derecho de defensa al no haberle sido notificado el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos, y la falta de competencia de la CNC para resolver sobre un asunto que se refiere a discrepancias contractuales.

Tercero.- GAS NATURAL alega que “*El procedimiento de instrucción de este expediente ha finalizado sin haberle sido notificado a mi representada un pliego de concreción de hechos en el que se recojan los cargos que se le imputan, tal como exige el artículo 37 de la LDC y, por tanto, sin haber tenido GND oportunidad de contestar dicho pliego, proponer las pruebas pertinentes ni, en definitiva, ejercitar adecuadamente su derecho de defensa.*”.



En contra de lo afirmado por GAS NATURAL, la DI le notificó con fecha 29 de febrero de 2008 providencia (F 4053 a 4098) en la que se examina minuciosamente la conducta imputada, se hace la valoración de la DI de los hechos analizados, y se formula la propuesta de imputar a GAS NATURAL por infracción del artículo 6.1 LDC por las conductas acaecidas en los conflictos de Albaterra y Elda, denunciados por ENDESA, y de sobreseer por el resto de los conflictos denunciados. Se le informa de que dicha providencia *“se le comunica para que el plazo de 15 días hábiles manifieste lo que considere oportuno de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. del 18) de Defensa de la Competencia.”* Precepto que establece el trámite de alegaciones de la parte imputada para poder contestar el pliego de concreción de hechos y proponer pruebas.

A dicha providencia responde GAS NATURAL el 18 de marzo de 2008 reconociendo que ha recibido providencia en la que se le informa del sobreseimiento parcial del expediente y de la imputación de cargos a GND en relación con determinadas conductas (F 4214). En dicho escrito se presenta una alegación única en la que se dice textualmente: *“Sin querer entrar en este momento a valorar los cargos imputados a GNS y reservándose el derecho de hacerlo más adelante, esta parte sí quiere dejar constancia de su profundo desacuerdo con el criterio empleado por esta Dirección para valorar la existencia de una posición de dominio por parte de GND en el pretendido mercado de “acceso a las redes de distribución”.*

Por lo tanto, no puede pretender ahora GND que no le ha sido notificado un Pliego de Concreción de Hechos, pues con independencia de que la providencia no haga referencia explícita a la denominación “Pliego de Concreción de Hechos”, la realidad es que la providencia contiene una descripción y valoración de los hechos que pueden ser constitutivos de infracción, y se le informa al interesado de que dicha providencia se le comunica sobre la base del artículo 37.1, que es el que regula precisamente esta fase del procedimiento. GAS NATURAL no sólo ha tenido esa oportunidad para contestar al pliego y proponer las pruebas que estimase oportunas, sino que de nuevo ha tenido la posibilidad, y la ha ejecutado, de proponer pruebas ante el consejo de la CNC, habiéndole sido admitido parcialmente su propuesta de pruebas. Posteriormente ha presentado su valoración de pruebas y su escrito de conclusiones finales, por lo que este Consejo no puede admitir la alegación de indefensión.

Cuarto.- GND considera que lo que subyace en este expediente *“es un problema de aplicación de la normativa sectorial que debe resolverse en ese ámbito...”*, se trata de una disputa contractual y, en última instancia, de interpretación de la normativa gasista aplicable, que ha sido ya resuelta por la autoridad sectorial competente y en ese ámbito debe quedar”.

Más allá de los términos contractuales firmados en su día por ENAGGAS y GAS ALICANTE y en los que GAS NATURAL se encuentra ahora subrogada, la



legislación sectorial aplicable (HA 3) regula que si bien *“las redes de distribución se conectarán preferentemente desde una red de transporte”*, expresa a continuación que también pueden *“alimentarse a partir de otra red de distribución de presión máxima de diseño superior a 4 bar, siempre que ésta disponga de suficiente capacidad de suministro atendiendo a criterios de racionalidad técnica y económica”*, y concreta aún más en el Art.10 de la misma norma en la que señala que: *“el distribuidor tiene derecho a conectarse a la red de transporte o a la red de distribución de presión máxima de diseño superior a 4 bar mas cercana con capacidad suficiente para abastecimiento de gas natural necesario para atender la demanda correspondiente a su zona de autorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12”*.

GND alega en esta sede que se trata de una “disputa contractual”, pero es un hecho que ninguna de las dos partes lo ha considerado exclusivamente como tal, a juzgar por la ausencia, al menos de conocimiento en este expediente, de que se estén dirimiendo estas disputas en la sede jurisdiccional que en ese caso les correspondería. Sin embargo, estas disputas sí que han sido trasladadas tanto al ámbito regulador sectorial, como al de Defensa de la Competencia. Y ello porque tanto los órganos reguladores sectoriales, en este caso la CNE, como el propio denunciante, han interpretado que los conflictos caían en el ámbito de aplicación competencial de ambos tipos de instituciones, en línea con la fundamentación contenida en la STS de 16 de diciembre de 2008. En esta sentencia el TS aclara una cuestión que en cierto modo no había quedado totalmente resuelta en su STS de de 1 de febrero de 2006 y que decía que: *“por la novedad que supuso la creación de los organismos reguladores sectoriales, existe una cierta superposición de competencias entre los órganos generales de defensa de la competencia y los (citados) organismos públicos con capacidad para actuar tan sólo en determinados mercados (en nuestro caso, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, pero el problema se repite, con diversos matices, respecto de otros como la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión Nacional del Mercado de Valores”*). La aclaración en esta STS de 16 de diciembre de 2008 se encuentra en su FD 5º de la forma siguiente: *“en el supuesto de apreciar una práctica que puede ser contraria a la “pluralidad de ofertas”, el organismos regulador puede imponer obligaciones de diferente naturaleza, de hacer o no hacer, sobre los operadores, y, en su caso de inobservancia del mandato, podrá la CMT, ejercer sus potestades sancionadoras. Actuación diferente de la que corresponde a los Órganos de Defensa de la Competencia, a los que compete determinar si una concreta conducta es constitutiva de abuso de posición de dominio y eventualmente sancionable en el ámbito de la legislación general sobre defensa de la competencia”*.

En el presente caso han intervenido las dos autoridades reguladoras con competencias en la materia, como son la Generalitat Valenciana, con dos resoluciones en las que establece la obligatoriedad de GAS NATURAL de conectar a sus redes de 4 a 16 bar de presión las redes de distribución de otro distribuidor, en este caso GAS ALICANTE (HA 6 y 7), y también la CNE, que ha entendido e interpretado la norma anterior en el sentido de que: *“Este criterio de racionalidad*



técnica y económica debe interpretarse en el sentido de que cuando la antena de distribución a 16 bar dispone de capacidad sin utilidad, y la red básica de transporte se encuentra alejada, el titular de la antena debe permitir la conexión de otros distribuidores a la misma, evitando de esa manera la duplicación innecesaria de estas antenas de conexión.

A este respecto, es de señalar que GAS NATURAL SDC es titular de la mayor parte de las antenas de distribución de 16 bar, que fueron cedidos por su anterior propietario, el transportista ENAGAS, a raíz de la escisión parcial de activos que tuvo lugar entre ENAGAS y GAS NATURAL SDG en 1999”.

Por tanto, entiende este Consejo que en el presente caso, y como se desarrolla en los siguientes fundamentos de derechos, la CNC está haciendo uso de sus facultades competenciales al valorar si la conducta denunciada se realiza en un contexto de posición de dominio y si la misma no está objetivamente justificada, pudiendo por tanto tratarse de un caso de abuso de posición de dominio que tiene efectos en las condiciones de competencia del mercado.

Quinto.- El presente expediente se origina como consecuencia de unas denuncias en las que la cuestión que subyace es la negativa o distorsiones en el acceso a redes de competidores. La nueva normativa supuso una notable desintegración vertical del sector, al separar la figura del transportista y la de los distribuidores en entidades con distinta personalidad jurídica. Sin embargo, ciertos tramos de red, como son los gasoductos de 4 a 16 bar, que por sus características de presión son susceptibles de ser utilizados para conectar redes de transporte con redes de distribución quedaron en manos de los distribuidores, lo que generó una suerte de integraciones verticales entre la distribución y el transporte en ciertas zonas como las analizadas en los conflictos objeto de este expediente. Es decir, estos conflictos surgen en el contexto actual de funcionamiento del sector del gas natural, y tienen su origen en esta cierta integración vertical que se produce entre actividades como consecuencia de un cambio en el modelo. Por ello, se reproduce aquí el FD 2º de la RCNC de 19 de septiembre de 2007.

“La Ley 10/1987, de 15 de junio, establecía que los consumidores industriales, que requerían redes de gas de presión 16 bar, debían ser suministrados por ENAGAS, y los clientes domésticos por las distribuidoras que hubiesen obtenido la concesión administrativa de la zona en cuestión. Las concesiones administrativas se otorgaban con una dimensión municipal y las redes de distribución construidas a efecto de servir a clientes domésticos y pequeñas industrias eran de 4 bar de presión. La empresa transportista ENAGAS era la titular de los gasoductos y de las redes de 16 bar para el suministro a los polígonos industriales, mientras que las demás redes eran construidas y operadas por cada distribuidor concesional. En este contexto ENAGAS estaba obligado al suministro a tarifa de ambos clientes, industriales y distribuidores. El desarrollo de infraestructura apoyado en esta legislación dio como resultado que cuando no había clientes industriales, los distribuidores se conectaban directamente a la red de transporte, pero cuando



había clientes industriales podía ocurrir que los distribuidores estuvieran conectados no a la red principal del gasoducto sino a los ramales construidos a 16 bar para suministrar a los industriales.

Con la nueva Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos, se introducen cambios significativos tales como la extinción de las anteriores concesiones administrativas, convirtiéndolas en autorizaciones administrativas, o la introducción de una definición novedosa sobre distribuidores en función de la presión en bar de las redes de distribución, pasando a ser definidas como tales todas las redes de presión igual o inferior a 16 bar. Así, mientras las redes de distribución tradicionales seguían teniendo esa consideración, se añadían también a esta clasificación las redes de 16 bar que tenían por objeto el suministro a clientes industriales.

Se introdujo el Acceso de Terceros a la Red, regulado por el posterior RD 949/2001, que también establece el sistema económico integrado y se regularon las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural, en el RD 1434/2002 de 27 de diciembre.

Respecto a los cambios estructurales a efectos de la presente resolución el que resulta de relevancia es la escisión de ENAGAS y GAS NATURAL, quedándose ENAGAS con la infraestructura de transporte, y GAS NATURAL con todas aquellas redes que eran de 16 bar y que estaban suministrando a clientes industriales.

Todos estos cambios, tanto normativos como estructurales que acontecieron en todo el sector energético español, promovían una desintegración vertical de las industrias de redes, con el objeto de apoyar y fomentar la liberalización de estos sectores. Así ENAGAS pasó a ostentar la titularidad de aquellas infraestructuras consideradas de transporte y almacenamiento (Red Básica de Transporte y Red de Transporte Secundario, según definiciones de la Ley 34/98 del Sector de Hidrocarburos), mientras que GAS NATURAL se hacía con las denominadas por la ley como Redes de Distribución. Sin embargo, esta desintegración vertical no afectó a ciertas redes de distribución, como es el caso de las heredadas por GAS NATURAL al haber en ellas una segunda diferenciación. Por un lado están las redes de distribución propiamente dichas, que son gasoductos construidos y desarrollados dentro de la propia población para llegar al consumidor final y que no suelen operar a más de 4 bar de presión, y por otro están los gasoductos con presión de diseño de 16 a 4 bar, y que según el Servicio, “a efectos de funcionalidad, son similares a los de transporte secundario, se conectan a los gasoductos de transporte primario o secundario y su objetivo es conducir el gas desde éstos hasta las proximidades de los núcleos de población”. La legislación define las redes de distribución como “los gasoductos con presión máxima de diseño igual o inferior a 16 bar y aquellos otros que, con independencia de su presión máxima de diseño, tengan por objeto conducir el gas a un único consumidor partiendo de un gasoducto de la Red Básica o de transporte secundario”.



Por lo tanto nos encontramos que si atendemos a las características técnicas como son las condiciones de presión, las redes de entre 4 y 16 bar son, según la legislación, redes de distribución. Pero si atendemos a su funcionalidad éstas no pueden ser consideradas exclusivamente como redes de distribución, ya que no tienen como único objeto conducir el gas a un consumidor final, sino también el de servir de conexión a redes de distribución, para las cuales constituyen de hecho una infraestructura de transporte a la que conectarse para acceder al gas. Esta dualidad de funciones concentradas sobre una misma infraestructura, aparentemente no pretendida por el legislador, pero de facto consentida, es lo que posibilita que se puedan producir comportamientos contrarios a la competencia por parte de quien posee una infraestructura dual, que le permite mantener en determinadas zonas una integración vertical, integración de dos actividades, la de transporte y la de distribución, con la que el legislador pretendió acabar dada la posición de dominio que la misma puede otorga a su propietario frente a sus competidores.

La realidad es que GAS NATURAL pasa a ser titular de redes que si bien se consideran de distribución son redes de 16 bar susceptibles de albergar puntos de conexión con redes de distribución tradicionales, esto es, de clientes domésticos. Esto también hace que en determinadas zonas existan dos distribuidores, el tradicional que ya tenía esa consideración otorgada en su día por la correspondiente concesión administrativa, devenida hoy en autorización administrativa en exclusiva, y los “nuevos distribuidores con redes de 16 bar”, que no es otro que GAS NATURAL.

Tenemos pues una cierta integración vertical entre transporte y distribución, algo que choca con la intención del mismo legislador. GAS NATURAL estará haciendo de transportista cuando accede a que otros distribuidores se conecten a su red de 16 bar, pero a su vez esta misma red puede albergar también conexiones de distribución de él mismo. Si accede a conectar a un distribuidor ajeno está mermando la capacidad de la red de 16 de cara a posibles incrementos de demanda de sus propios distribuidores. Por tanto el incentivo de GAS NATURAL sería el de negar el acceso de terceros a su red. Sin embargo la Ley sí contempla este acceso cuando haya capacidad y racionalidad técnica y económica en esta conexión.

Hay que señalar que esta situación se produce en zonas muy concretas, donde los cambios antes descritos han dado como resultado que donde existía un distribuidor autorizado para desarrollar las redes de distribución en monopolio, aparezca ahora un agente nuevo que hereda una infraestructura a la que estaba conectado (o en situación de estarlo) el distribuidor autorizado para ese territorio, pero a su vez éste nuevo agente en la zona tiene también conectadas (o puede tener en un futuro) redes de distribución para operar en zonas autorizadas próximas o colindantes con las del otro distribuidor. En estas zonas es donde se están presentando conflictos, y ello porque en estas zonas concretas puede haber



competencia entre los distribuidores. En ciertas zonas esta infraestructura heredada por GAS NATURAL rodea completamente a las redes de distribución del operador de la zona, por lo que la conexión a dicha infraestructura es la única opción posible, en otros casos resulta ser la opción mas económica, y por ello en ciertas zonas esta infraestructura reúne las condiciones de esencial". .

Sexto.- El tipo infractor imputado por la DI, el abuso de posición de dominio, requiere la delimitación previa del mercado relevante en el que se lleva a cabo la conducta. En la RCNC de 19 de septiembre de 2007 el Consejo, en su FD3º establece que: *“sería más adecuado estudiar los hechos que han motivado la incoación del expediente sancionador, su posterior sobreseimiento y el actual recurso, en el mercado de “acceso de redes de distribución de 4 o menos bar de presión a redes de distribución de 16 a 4 bar de presión”, en lugar de considerar que el mercado relevante es el de la distribución de gas natural”*. El Consejo llega a dicha delimitación por la observación de que: *“La distribución de gas natural requiere de una serie de actividades aguas arriba sin las cuales no podría obviamente llevarse a cabo el suministro final de gas a un consumidor determinado, actividades que básicamente son la de suministro del producto y la de conexión a la infraestructura por la que circula dicho producto. Los comportamientos denunciados si bien son de diversa índole, todos ellos afectarían a la conexión de la red del distribuidor con una red cuyas características de diseño la hacen apta para distribuir y transportar, y de hecho soporta tanto conexiones a consumidores finales (industriales que reciben el gas en una condiciones de caudal y presión superiores a las de los consumidores domésticos) como conexiones a distribuidores que desarrollan luego su propia red”*.

La propuesta elevada por la DI ante el Consejo se realiza sobre dicha delimitación del mercado.

GND no está de acuerdo con esta delimitación, pues alega que se trata de un mercado desconocido hasta ahora y que parece que se limita en este caso específico a las antiguas concesiones de suministro para usos industriales de ENAGAS. Alega GND que la CNC pretende que las autorizaciones de distribución heredadas de ENAGAS para usos industriales son activos de transporte y que como tal debe ser tratados , y sin embargo la realidad es que: (1) la Ley 10/87 no imponía a ENAGAS ninguna obligación de suministro a tarifa de industriales ni distribuidores, tampoco el RD 2913/1973, aunque reconoce GND que: *“Es cierto que ENAGAS suministra contractualmente gas a algún distribuidor -...no a todos- a partir de sus redes de suministro a consumidores industriales, pero dichos contratos no eran el resultado de obligación legal alguna, ni los activos construidos para suministrar a clientes industriales eran clasificados como de “transporte”, ni legal, ni fundamentalmente, ni de ninguna otra manera”* y (2) GND sigue en sus alegaciones el argumento de que La ley 34/98 no altera ninguna clasificación entre función y presión porque no existe esa definición. No existen autorizaciones de distribución, todo eran concesiones de suministro, por tanto si no había tales clasificaciones anteriores no puede hablarse de reclasificación pues la nueva Ley



no puede alterar clasificaciones que no existen. Por ello concluye diciendo que *“No existe un mercado de las antiguas autorizaciones de ENAGAS que en realidad eran funcionalmente de transporte y que deban quedar “abiertas a la competencia”.*

En primer lugar interpreta erróneamente GND al consejo en su RCNC de 19 de septiembre de 2007 cuando cree que sólo afecta a las antiguas concesiones de suministro para usos industriales. El Consejo considera afectadas todas las redes que por sus características de diseño pueden ser redes duales, es decir, pueden ser de distribución en la medida de que llevan el gas a un consumidor final (el caso de consumidores industriales cuya presión de suministro es mayor) y también sirven para que se le conecten redes de distribución de presión no superior a 4 bar, ya sean estas heredadas del antiguo monopolio de ENAGAS, o de nueva construcción, tal y como sucede en alguno de los conflictos. Y ello, porque el derecho del Acceso de Terceros a la Red que introduce la Ley 34/1998 y su desarrollo posterior en el RD 1434/2002, artículos 10 y 12, no establece este derecho en función del pasado histórico de propiedad de la red, sino que lo establece en función de que dicho acceso sea racional técnica y económicamente, y que disponga de capacidad.

En segundo lugar, los mercados de acceso ya sea a infraestructuras, ya sea a información, o a otros inputs que resultan básicos para prestar un determinado servicio o producir un determinado bien, no es algo desconocido como pretende el imputado, a pesar de que sea el primer caso de negativa de acceso a redes de gas natural entre competidores que se examina en esta sede. Existe una infraestructura de redes, las de 4 a 16 bar, que por sus características y ubicación pueden ser susceptibles de conectar otras redes, y por tanto hay un oferente (de forma voluntaria u obligado por la regulación), hay un demandante, o varios, que demandan la conexión a esa red, y hay o puede haber un precio por el servicio. El hecho de que eventualmente no exista un precio regulado correctamente, en caso de que así sea, no elimina las características esenciales de mercado que presenta el caso presente. Así lo ha entendido el legislador al regular los casos en los que esta infraestructura debe estar abierta a la competencia.

En el caso que nos ocupa nos encontramos con un mercado conexo al del acceso a las redes de distribución de 4 a 16 bar, el del suministro final de gas natural a los consumidores finales. Este suministro final lo realizan las distribuidoras si se trata de un consumidor a tarifa regulada o las comercializadoras si el cliente se suministra a tarifa libre. En la estructura empresarial de este sector cada grupo energético tiene tanto empresas distribuidoras como empresas comercializadoras, estando pues presentes en ambos mercados. Como se dice en el párrafo anterior, para el suministro final, ya sea a tarifa regulada o libre, se precisa del acceso a la infraestructura, por lo que se trata de mercados conexos. Las conductas que se practican en el mercado de acceso tienen su efecto en el mercado de suministro al consumidor final. Si un distribuidor no puede conectar su red a la red de 4 a 16 bar, no podrá ni suministrar directamente a los consumidores a tarifa regulada, ni dar acceso a los comercializadores para que suministren a los consumidores finales en



el mercado libre. El mercado final del suministro a clientes es pues un mercado conexo al mercado de acceso a las redes de 4 a 16 bar.

Este Consejo, por lo anteriormente expuesto considera que el mercado relevante en este expediente es el de acceso a las redes de distribución de 4 a 16 bar, y como mercado conexo está el de suministro de gas natural a clientes finales, ya sea a tarifa libre o regulada.

Séptimo.- La conducta que se analiza es la negativa de GND a que GA se conecte a sus redes de 4 a 16 bar para poder desarrollar su red de distribución. Por tanto debe valorarse si GND tiene posición de dominio en el mercado en el que se solicita el acceso. En los casos que nos ocupan las solicitudes de conexión se han realizado sobre la red de GND en los municipios de Albaterra y de Elda. La posición de dominio vendrá determinada en función de las alternativas reales que existan para GA al punto de conexión solicitado. La DI ha solicitado del organismo regulador sectorial, la CNE, una valoración de dichas alternativas. Para valorar esa cuestión la CNE ha recabado toda la información que consideró necesaria, incluida información a GND sobre la topología de las redes de distribución, pues consideraba dicha información necesaria para la emisión del dictamen técnico final requerido por la CNC. GND envió planos a escala 1/50.000 o inferior, de las redes de distribución en alta presión mas cercanas a los municipios de Albaterra y Elda, entre otros. Tal y como se detalla en el HA 9, la CNE ha dispuesto de información técnica y detallada para valorar las posibilidades técnicas de conexión de GA para ser suministrado con gas natural para su venta a clientes finales. En todos los casos ha valorado la distancia que GA tienen que recorrer, o lo que es lo mismo, los kilómetros de gasoducto que debe construir para poder conectar con la red de 4 a 16 bar de GND y los kilómetros que debe construir para poder conectar con la red de ENAGAS (la otra alternativa, pues es el transportista). En el caso de Albaterra para conectarse con GND deberá construir un conducto de 2.5 Km. mientras que para conectarse con ENAGAS éste conducto debería ser de 8 Km., es decir, unos 5,5 Km. más. Para el caso de Elda la situación es que para conectarse a GND el conducto a construir debería ser de menos de 500 metros, frente a los 32.7 Km. que debería medir el conducto necesario para conectarse a la red de ENAGAS. La CNE ha estimado que el coste de cada Km. de conducto de los que habrían de ser construidos es de unos 185.000 €, siguiendo los criterios establecidos para el cálculo los peajes y cánones de acceso de terceros a las instalaciones gasistas para el año 2008. De estas cifras es fácil calcular que en el caso de Albaterra el extracoste en el que debería incurrir GA para conectarse a ENAGAS en lugar de a GND es ligeramente superior a un millón de euros, y en el caso de Elda ese extracoste sería de algo más de seis millones de euros.

Tras recibir estas valoraciones realizadas por el órgano sectorial regulatorio, la DI concluye que ante el alto coste de las alternativas de conexión a la red de GND, se considera que GND tiene posición de dominio en el mercado de acceso a la red de distribución de 4 a 16 bar en los términos municipales de Albaterra y Elda.



GND considera que *“la DI parece haberse basado en unos cálculos irrelevantes y carentes de fundamento para fijar distancias en base a una norma que no es de aplicación al caso”*. Considera que la valoración realizada por la DI sobre la base del informe de la CNE es errónea por los siguientes motivos: (1) El informe de la CNE se realiza con base a la interpretación y aplicación del RD 1434/02, y sin embargo ni GA ni la Administración Autonómica han iniciado procedimiento ni fallado en con base a esa norma e insisten en que la conexión solicitada por GA tienen su origen exclusivo en un contrato privado; (2) Los cálculos de la CNE son erróneos, porque no tienen en cuenta los condicionantes topográficos y jurídicos de cada caso y sólo se han medido la distancia desde la red de GA hasta la red de transporte; y (3) como los cálculos en distancia son erróneos también lo son las valoraciones económicas y sólo se tienen en cuenta la “racionalidad” de las alternativas existente desde el punto de vista de GA y no desde el punto de vista del sistema en su conjunto.

Respecto a su primera alegación cabe decir que el contexto en el que se enmarca esta resolución emana del espíritu liberalizador de la Ley 34/1998, del cual se deriva el Real Decreto 1434/2002, pues son estas las normas que regulan el Acceso de terceros a la Red para mitigar el efecto de barreras de entrada a los mercados que dentro de este sector pueden operar en competencia. Y es precisamente ese espíritu el que el comportamiento de GND aquí analizado trata de doblegar, pues la conducta persigue precisamente el cierre de un mercado que la regulación ha pretendido abrir a la competencia regulando el acceso de terceros, y que es el suministro a clientes finales de gas natural. Por lo tanto este Consejo considera adecuado que el informe técnico del organismo regulador sectorial, esto es, la CNE se realice con base a la interpretación y aplicación del RD 1434/02. Por otra parte la CNC realiza sus valoraciones en la aplicación de la LDC con plena autonomía, sin que las razones iniciales argumentadas en una denuncia, o las razones que llevan a una autoridad sectorial autonómica a fundamentar sus resoluciones supongan una vinculación para la valoración que deba hacer este Consejo como autoridad de defensa de la competencia. A este respecto cabe reproducir aquí la citada STS de 17 de diciembre de 2008, cuando en su FD XX dice que: *“No obstante, entendemos que la CMT [el organismo regulador sectorial] carece de la necesaria cobertura competencial conforme los límites definidos en la ley habilitante para la adopción de las demás declaraciones que puedan referirse o puedan implicar una delimitación o apreciación, aun de forma inicial, de una modalidad de conducta subsumible como una infracción relativa a la defensa de la libre competencia, que en modo alguno puede tener carácter vinculante, a cualquier nivel, para el único órgano competente para determinar cuando nos hallamos ante la presencia de un tipo de infracción previsto en la Ley de Defensa de la Competencia”*.

En cuanto a lo erróneo de los calculo de la CNE recordamos al imputado que éstos han sido realizados con los planos que la propia GND le ha remitido a la CNE, planos en los que consta la información que GND ha remitido, por tanto no encuentra ahora éste Consejo justificación para denunciar errores que el propio



imputado habría inducido, pues hubiese bastado con darle a la CNE la información precisa y correcta para el cálculo de dichas distancias. Por lo tanto, considera este Consejo que los cálculos realizados por la CNE, basados en información remitida por la propia GND, son cálculos objetivos a efectos de valorar la posición de dominio por parte de la DI, valoración que este Consejo comparte en los casos aquí analizados de Albaterra y Elda.

Octavo.- GND alega que la construcción por parte de la DI de la figura del abuso no es posible pues no existe en el presente caso competencia alguna que pueda ser cercenada. El imputado considera que la RCNC de 19 de septiembre de 2007 entiende que no existe competencia en este “supuesto mercado”, porque dice que *“el dar acceso y conectar a un determinado distribuidor puede afectar directamente a las posibilidades de conexión de un segundo distribuidor que puede encontrarse con esta red saturada o con insuficiente capacidad para sus necesidades”* y que *“GAS NATURAL argumenta que permitiendo el acceso pierde remuneración”*.

GND considera que ninguno de los dos argumentos es correcto porque ni GND, ni antiguamente ENAGAS, *“construían una suerte de red de transporte para que las distribuidoras compitan por el uso de ese activo”* y porque *“ENAGAS y ahora GND, conforme a las antiguas concesiones de suministro industrial, tenían y tienen la obligación de atender al suministro de los clientes en su zona de distribución. La dimensión y desarrollo de la construcción de sus redes es la necesaria para atender a esa obligación de distribución”*.

El Consejo se ratifica en que actualmente la conexión a una determinada red de un distribuidor por parte de otro distribuidor supone, obviamente ante restricciones de capacidad, un uso excluyente de la misma, puesto que la capacidad física de la red es limitada (o al menos potencialmente limitada). Y es cierto que GND obtendrá una remuneración por el gas vehiculado por la red si el mismo es consumido por un cliente suyo, pero pierde esa remuneración si el cliente es de otro distribuidor. Esta situación no sucedía antes de la escisión de ENAGAS, pues en el modelo anterior ENAGAS sólo distribuía a clientes industriales no suministrados por el distribuidor de la zona, y al propio distribuidor de la zona. Es decir, no había ningún tipo de competencia “por el mercado”, pues cada uno suministraba a distintos clientes finales, sin posibilidades de optar a los clientes del otro.

Cuando ENAGAS tenía que suministrar a un consumidor industrial, construía una red con la cual suministrarle. Si para la zona donde ENAGAS tenía esa red para el consumidor industrial, un distribuidor solicitaba a ENAGAS conexión y suministro, entonces ENAGAS, si lo mas razonable técnica y económicamente era conectarla a esa red lo hacía, pues ENAGAS no tenía interés alguno en el suministro final a clientes que eran quienes estaban conectados al final de esa red de distribución, y ello porque no operaba en ese mercado. La Ley 10/1987 establecía que ENAGAS sólo suministraba a clientes industriales directamente, no podía hacer distribución y por tanto no suministraba gas a los consumidores finales, entonces sometidos a tarifa regulada. Con la nueva Ley 34/1998 y la reorganización de activos y



funciones de ENAGAS, esta pasa a ser Gestor y los consumidores industriales anteriores se ceden ahora a GND, quien además opera también en el suministro final a clientes domésticos. GND compite ahora “por el mercado” del suministro final a clientes domésticos y a industriales, y por tanto GND tiene ahora un incentivo que no tenía antes ENAGAS para hacerse con las autorizaciones de distribución que también interesan a otros distribuidores, puesto que dichas autorizaciones le otorgan una ventaja competitiva en el suministro final.

GND sigue alegando que: “...un distribuidor gasista tiene como objetivo racional económico el incremento de su retribución regulada, pero ese objetivo es absolutamente independiente de la retribución que pueda corresponder a otro distribuidor. A cada distribuidor se le fija al principio de cada año una retribución determinada en el BOE. La actividad económica de los distribuidores durante el año es esencialmente realizar aquellas inversiones que la permitan incrementar la retribución que se le fijará el año siguiente en el BOE. Los criterios legales que el distribuidor debe tener presentes para conseguir esa mayor retribución son básicamente el aumento del número de clientes finales conectados a sus redes y el incremento del consumo por los consumidores conectados a sus redes, por tanto, que otro distribuidor pueda o no aumentar su retribución por el desarrollo de su zona de distribución, es independientemente del desarrollo que otros distribuidores puedan hacer en sus zonas de distribución”.

Este argumento no hace, en opinión del Consejo, más que reforzar que existe competencia entre los distribuidores por conseguir conectar clientes finales a su red, pues los parámetros finales de interés son el incremento de consumidores y el incremento de la cantidad consumida por cliente, y que el acceso a la red de unos excluye o reduce la capacidad de otros. Por tanto, GND dificultando el acceso a sus redes obstaculiza la entrada de otros en el mercado del suministro a consumidores finales. Esas redes pueden servir para conectar tanto redes de distribución de una zona donde GND tiene la autorización de distribuir, como redes de otra zona próxima o contigua en la que otro distribuidor distinto de GND tiene la autorización, por tanto la capacidad que GND ponga a disposición de terceros es capacidad que deja de tener disponible para aumentar tanto el número de consumidores de sus zonas, como su incremento de consumo.

Por último, GND niega que legalmente ENAGAS tuviera ni redes declaradas de transporte, ni obligaciones de suministro a tarifa de industriales ni de distribuidores. A este respecto no puede pretenderse que las especificaciones regulatorias que requiere una actividad que se presta en régimen de monopolio, y que se encuentra en fase inicial de desarrollo, sean equiparables a las que contienen una nueva regulación cuyo objetivo es liberalizar la actividad en todas aquellas fases en las que se confía en que pueden funcionar las reglas de un mercado en competencia. Evidentemente cuando se parte de un sector en el que el régimen es, en la mayoría de las actividades, un monopolio público, a un sector que se pretende liberalizar, es preciso delimitar actividades, reconocer personalidades diferentes y establecer definiciones que antes no eran necesarias, con el fin de incrementar la seguridad



jurídica de los operadores. Pero eso no significa que no puedan establecerse equivalencias entre figuras en una y otra legislación, y que lo que antes no requería de una regulación explícita, ahora sí debe ser objeto de la misma. Cuando ENAGAS era el único suministrador de gas y el único titular de las infraestructuras de transporte, y tenía obligaciones de servicio público, no era necesario imponer que cualquier distribuidor pudiera conectarse a las redes duales de 4 a 16 bar, pues cuando ENAGAS firmaba el contrato de suministro, automáticamente éste suministro se efectuaba racionalmente a través de la red que satisfacía los criterios de capacidad disponible y características técnico-económicas más eficientes. ENAGAS no competía con el distribuidor al que suministraba. La cuestión ahora, una vez que GND es titular de redes duales, cambia notablemente, pues el uso de la red puede suponer un uso excluyente, y si aguas arriba se conecta un distribuidor competidor de GND, éste ocupa capacidad para que GND pueda utilizarla con otros clientes industriales o domésticos en la red aguas abajo suministrándoles gas natural. Por esa razón el regulador ha considerado necesario regular una figura, la del Acceso de terceros a la Red, que antes no era necesario. Evidentemente esta obligación no afecta solo a GND en relación a las redes heredadas de ENAGAS, sino a todo aquel operador que posea redes que son susceptibles de conectar a otros distribuidores y facilitar la competencia en el suministro final a clientes. Basta recordar aquí el artículo 60.4 de la Ley 34/1989: *“Se garantiza el acceso de terceros a las instalaciones de la red básica y a las instalaciones de transporte y distribución en las condiciones técnicas y económicas establecidas en la presente Ley”*. La conducta supone el incumplimiento de este mandato del legislador que pretende la competencia en el suministro final a consumidores

Por estas razones el Consejo entiende que sí hay una competencia que puede ser cercenada, pues aunque la práctica es el mercado de acceso a la red, su efecto se produce en el suministro minorista de gas, tanto en el regulado (suministro a tarifa a precio regulado realizado por el distribuidor de gas) como en el liberalizado (suministro a precio libre realizado por los comercializadores).

Noveno.- GND sostiene que en el caso presente no puede defenderse la existencia de abuso pues no se cumplen los requisitos que la doctrina establece para que se considere que estas redes son instalaciones esenciales.

Recordamos aquí que la doctrina del TJCE en el párrafo 41 de la sentencia Oscar Bronner GmbH & Co. KG (STJCE de 26 de noviembre de 1998, Asunto C-7/97) establece que para que una conducta sea considerada abusiva, la negativa de suministro debe: (1) eliminar cualquier competencia en el mercado descendente en el que opera quien solicita el acceso; (2) no estar la conducta objetivamente justificada; y (3) hacer referencia a un recurso esencial para poder operar en ese mercado descendente en el que opera, en el que no haya formas alternativas para operar.



GND considera, como hemos visto en el anterior fundamento de derecho, que (1) no hay competencia que pueda ser cercenada; (2) no hay negativa de conexión, sino que ésta se condiciona a que GA cumpla con una serie de instalaciones técnicas requeridas por GND, y (3) no se trata de un recurso esencial pues GA en el caso de Elda, podía suministrarse con plantas de GNL satélites como se había comprometido, o podía haber solicitado retribución específica OM ITC 3993/2006 (Art. 20) para financiar esas instalaciones. En el caso de Albaterra las condiciones iniciales establecen conexiones a GNL mientras se realiza la conexión al gasoducto, GA ya ha suministrado a sus clientes con otros medios como han sido bombonas de GLP, y la negativa de GND no impedía la actividad de GA, porque podría haber accedido a las condiciones de GND y luego litigar lo que considerase oportuno.

En definitiva, GND alega que desde el punto de vista de competencia, si hay otras alternativas no se puede exigir un ATR gratuito y GA no puede afirmar que necesitar conectarse a la red GND para prestar el servicio económicamente. Ha optado por lo más fácil, usar gratuitamente infraestructuras ajena en lugar de usar las Ayudas Públicas disponibles.

Por su parte GA alega que las ayudas públicas a las que se refiere GND se crean en el año 2006, y con la regulación existente el hecho de que se puedan solicitar retribuciones específicas para el desarrollo de instalaciones no puede constituir una alternativa de conexión en el sentido empleado por la CNC y CNE.

Tampoco tal posibilidad justificaría, según GA, objetivamente la negativa de conexión que se denuncia, pues: *“dichas conexiones denegadas habían sido objeto de sendos contratos previamente celebrados entre esta parte y ENAGAS”*.

En el caso de Elda, y en contra de lo afirmado por GN, GA puso en servicio y a su cargo una planta de GNL provisional hasta el año 2000 en que se conectó a las redes de ENAGAS.

Existía ya un convenio entre la administración autonómica y ENAGAS para construir el ramal sobre el que GA se conectaría, y por tanto GA alega que carece de sentido que GA firmase otro convenio con la administración autonómica para construir el mismo ramal. Las redes ya habían sido ejecutadas, y no tendría sentido ejecutar en paralelo nuevas redes. La inversión para la conexión fue ejecutada por ENAGAS no por GN.

En el caso de Albaterra lo importante para GA es destacar que desde que se solicitó la conexión en los términos pactados con ENAGAS, transcurrieron más de 4 años hasta lograr que el punto de entrega entrara en servicio, y ello con la intervención de la administración autonómica competente, que hubo no sólo de resolver sobre el asunto de fondo, sino intervenir con ejecución de resolución forzosa. Hasta el 11 de febrero de 2008 no se realizó la conexión.



Debido al carácter “de transporte” de estas redes, su negativa de acceso es un abuso de su posición de dominio, pues GA lo caracteriza como tal porque (1) son instalaciones esenciales, pues para ciertas zonas la infraestructura heredada por GN rodea completamente a las redes del distribuidor, como reconoce la RCNC de 19 de septiembre de 2007; (2) son instalaciones heredadas con condiciones pactadas por el propietario anterior; y (3) hay una obligación legal de conexión con pronunciamiento expreso de la Autoridad Regulatoria competente de que GN debía realizar la conexión solicitada para Albaterra y Elda conforme a las condiciones pactadas en su día con ENAGAS.

Este abuso, según GA, carece de justificación objetiva, pues en caso de existir debería haber sido probada por GN y no por la CNC (sentencia TJCE 17 diciembre de 2007, T-201-04-Microsoft, p 688). (RCNC 6 nov. 2007 R720/07, Axió/Abertis FD 6); si había intención de reforzar la posición de dominio, no puede existir justificación objetiva (TJCE, 14 febrero 1978, 27/76 UNITED BRANDS, p 189 o si afecta a una estructura de mercado en el que la competencia ya está debilitada; y además la normativa sectorial la impone a GN la obligación de permitir las conexiones solicitadas.

El Consejo discrepa de la valoración realizada por GND respecto al incumplimiento de los requisitos establecidos en la doctrina Oscar Bronner a la hora de considerar la conducta como abusiva.

Respecto a la eliminación de la competencia en el mercado descendente en el que opera quien solicita el acceso es un hecho que GA no ha tenido conexión a las redes en Elda durante 3 años y el Albaterra 5 años, y que durante esos el mercado de suministro de gas natural a clientes finales a estado cerrado para GA. No solo si se podía eliminar la competencia en ese mercado aguas abajo sino que durante esos años de hecho se eliminó.

Gas Natural ha alegado que el acceso a sus redes no esta retribuido y que su conexión a terceros le excluye a el mismo de incrementar sus retribuciones reguladas en años posteriores. Este Consejo entiende que las razones económicas argumentadas por GND no pueden ser aceptadas como justificación objetiva de su conducta, cuando dicha conducta ha supuesto una vulneración del espíritu liberalizador que se produce con la nueva Ley 38/1989, espíritu que se refuerza aun mas con el desarrollo reglamentario del acceso de terceros a la red que se establece en el RD 1434/2002.

Por último, considera el Consejo que en los casos aquí analizados concurren elementos de esencialidad en el recurso, pues las alternativas que analiza la CNE en su estudio, si bien son técnicamente posibles, su envergadura económica harían el proyecto no ya menos rentable, sino inviable. Las alternativas que GND dice tener GA no pueden considerarse como tales, pues las soluciones aportadas en el caso de los dos clientes que se han documentados en el expediente, han sido el suministro de butano y propano, soluciones antiguas y de una calidad



notablemente inferior, como lo demuestra el hecho de que precisamente todo parte del avance de este sector del gas natural en los últimos años se ha hecho sustituyendo precisamente instalaciones de bombonas y depósitos individuales por un suministro canalizado. Dichas soluciones llevadas a cabo por GA no pueden ser consideradas sino como lo que son, soluciones provisionales ante la ausencia de conexión debida precisamente a la conducta aquí analizada y denunciada por GA.

Por lo tanto este Consejo considera probado que GND en los municipios de Elba y Albatera disponía en sus redes de 4 a 16 bar de una posición de dominio que le permitió comportarse abusivamente al denegar el acceso a dichas infraestructuras a GA cuando esta se lo solicitó.

Décimo.- La conducta llevada a cabo por GAS NATURAL tiene una aptitud clara de cierre de mercado y además ha causado un claro perjuicio a determinados consumidores presentes en ese mercado., pues como resultado de los acuerdos iniciales entre ENAGAS y GAS ALICANTE, ésta última había firmado contratos de suministro con distintos clientes para comenzar dicho suministro después de la conexión de sus redes a ENAGAS. Tras la escisión de ENAGAS en GAS NATURAL y la negativa de esta última a llevar a cabo las conexiones, estos clientes de GAS ALICANTE no pudieron tener en la fecha acordada el servicio contratado. Esto ha supuesto un deterioro de la imagen de marca para GAS ALICANTE, que en alguna ocasión ha sido objeto de levantamiento de acta notarial por incumplimiento de prestación del servicio ahorrado. Adicionalmente GAS ALICANTE ha debido realizar ciertas adaptaciones en los locales a los que debía suministrar gas natural canalizado para que estas pudieran usar otro tipo de gases, como por ejemplo bombonas de butano o propano. Inversiones no previstas y no aprovechables una vez que la conexión con gas natural se materialice. Estos usuarios además de los retrasos en el suministro del servicio se han visto obligados a usar durante un tiempo un tipo de combustible con un formato de suministro de evidentemente menor calidad que el que inicialmente habían contratado. Además de estos efectos directos existe otro de mayor envergadura como es el que en Albatera y en Elda GAS ALICANTE se ha visto obligada a interrumpir su política comercial para la captación de clientes por falta de conexión, por lo tanto ha visto frenada su expansión en la zona y probablemente haya perdido clientes, especialmente industriales, que estén siendo en la actualidad clientes de GAS NATURAL DISTRIBUCION.

Undécimo.- El artículo 10 LDC faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia para imponer a los agentes económicos infractores multas de hasta 901.518 euros, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente a las empresas sancionadas. La cuantía ha de ponderarse atendiendo la importancia de la infracción. El Tribunal Supremo en numerosas sentencias ha mantenido (entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002) que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las



circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

Visto lo anterior, en el presente caso el Consejo entiende que la infracción tiene un carácter muy grave, por cuanto se trata de una conducta de abuso de posición de dominio desarrollada por una empresa que opera en un mercado de reciente liberalización. Asimismo, el Consejo considera que el cálculo de la sanción debe atender al volumen de negocios potencialmente afectado por la práctica. Por ello, para el cálculo de la sanción el Consejo toma en cuenta el tamaño de la población en Elda y Albufera, y la tasa de penetración media que en España tiene actualmente el suministro de gas natural. Asimismo se cuenta con datos de la CNE sobre el nivel de factura media anual de un consumidor en euros. Todas estas variables nos permiten estimar cual sería el volumen de negocios potencialmente afectado por la práctica, al que se le ha aplicado un porcentaje del 10%. El Consejo ha considerado también la duración de estas conductas para el cálculo de la sanción, que se establece en CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL EUROS (492.000 €).

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

HA ACORDADO

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el art. 6.1 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en que GAS NATURAL DISTRIBUCION SDG ha estado negando la conexión de las redes de distribución de GAS ALICANTE a sus redes distribución en los municipios de Albufera y Elda.

SEGUNDO.- Imponer a GAS NATURAL SDG una sanción de cuatrocientos noventa y dos mil euros (492.000 €).

TERCERO.- Intimar a GAS NATURAL DISTRIBUCION SDG a que en el futuro se abstenga de llevar a cabo conductas tendentes a impedir o dificultar la conexión a sus redes de aquellas solicitudes reguladas en su correspondiente normativa sectorial que tengan por efecto un cierre del mercado como el analizado en el presente expediente.



CUARTO.- Ordenar a GAS NATURAL DISTRIBUCION SDG la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos diarios de información general de mayor circulación, uno de ámbito nacional y otro en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Valencia. En caso de incumplimiento de esta obligación por parte de GAS NATURAL DISTRIBUCION SDG, se le impondrá una multa coercitiva de seiscientos Euros por cada día de retraso.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.