

Id. Cendoj: 28079130032013100282
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 11/10/2013
Nº de Recurso: 3053/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH
Procedimiento: CONTENCIOSO - APELACION
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo

Contencioso-Administrativo

Sección: TERCERA

S E N T E N C I A

Fecha de Sentencia: 11/10/2013

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 3053/2010

Fallo/Acuervo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 01/10/2013

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Ponente: Excm. Sra. D^a. María Isabel Perelló Doménech

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. D^{ña}. Aurelia Lorente Lamarca

Escrito por: BPM

Nota:

Sanción. GAS NATURAL SDG.

RECURSO CASACION Num.: 3053/2010

Votación: 01/10/2013

Ponente Excmo. Sra. D^a.: María Isabel Perelló Doménech

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: TERCERA

S E N T E N C I A

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Manuel Campos Sánchez Bordona

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a once de Octubre de dos mil trece.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación número 3053/10, interpuesto por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado en representación de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG SA, contra la sentencia de fecha 25 de marzo de 2010 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 198/09 , sobre resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia. Se han personado como recurridos, el Procurador D. José Guerrero Tramoyeres en representación de ENDESA GAS DISTRIBUCIÓN SA, y el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 198/09, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por Gas natural Distribución SDG SA, contra resolución sancionadora de 26 de marzo de 2009, dictada por la Comisión Nacional de la Competencia, por la conexión de la red de distribución de gas natural en los términos municipales de Albaterra y Elda -Alicante- (Expdte. 638/08, GAS NATURAL 2).

En la mencionada resolución de 26 de Marzo de 2009, se adoptaron los siguientes acuerdos:

<<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-DISTRIBUCIÓN SDG ha estado negando la conexión de las redes de distribución de GAS ALICANTE a sus redes de distribución en los municipios de Albufera y Elda.

Segundo.- Imponer a GAS NATURAL SDG una sanción de cuatrocientos noventa y dos mil euros (492.999 euros).

Tercero.- Intimar a GAS NATURAL, DISTRIBUCIÓN 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 DISTRIBUCIÓN 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 DISTRIBUCIÓN SDG se le impondrá una multa coercitiva de seiscientos euros por cada día de retraso.>>

SEGUNDO.- La mencionada Sala dictó Sentencia de fecha 25 de marzo de 2010 cuya parte dispositiva dice textualmente:

<<Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de GAS NATURAL DISTRIBUCION SDG SA, contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 26 de marzo de 2009 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las cosas.>>

TERCERO.- Contra la referida sentencia, Gas Natural Distribución SDG SA, preparó recurso de casación, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal de casación con emplazamiento de las partes. Personada en tiempo y forma, mediante escrito de interposición de 28 de junio de 2010, formuló los motivos de casación siguientes:

1.- Al amparo del art. 88.1.c) LJCA , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

2.- Al amparo del art. 88.1.d) por infracción de las normas de ordenamiento o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

3.- Que no ha quedado probado la conducta abusiva.

Terminando por suplicar al Tribunal, tenga por interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en única instancia por la Sala de lo Contencioso administrativo de

la Audiencia Nacional de 25 de Marzo de 2009 en los autos 198/2009 y estimándolo, case la citada sentencia por no ser ajustada a Derecho.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso de casación y dado traslado para oposición, la representación procesal de Endesa Gas Distribución SA, y el Abogado del Estado, tras las alegaciones que consideraron oportunas, suplicaron a la Sala dicte sentencia que desestime el recurso y confirme íntegramente la impugnada con imposición de costas a la recurrente.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo el día 1 de octubre de 2013 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. **María Isabel Perelló Doménech** , Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Gas Natural SDG impugna en casación la Sentencia de 25 de marzo de 2.010 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional , que desestimó su recurso contencioso administrativo formulado contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de marzo de 2.009, por la que se le sanciona por una práctica de abuso de posición de dominio a una multa de 492.999 euros, se le intima para que en el futuro se abstenga de realizar la conducta abusiva y se ordena la publicación a su costa y en el plazo de dos meses de la resolución impugnada.

Tras exponer las posiciones de las partes la sentencia de Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional recurrida funda su fallo desestimatorio en los siguientes razonamientos jurídicos:

<< [...] A los efectos estudiados resulta por tanto que sí hay un mercado relevante, debiendo valorarse a continuación el segundo motivo de recurso, es decir, examinar si hay una posición de dominio de la recurrente en el mercado referido. 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.

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 Comisión Nacional de Energía es el ente regulador de los sistemas energéticos, creado por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, y desarrollado por el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, que aprobó su Reglamento. La propia CNE define sus objetivos como sigue: velar por la competencia efectiva en los sistemas energéticos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento, en beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas y de los consumidores. A estos efectos se entiende por sistemas energéticos el mercado eléctrico, y los mercados de hidrocarburos tanto líquidos como gaseosos.

La CNE en esa condición de regulador y experto en el mercado del gas, ha realizado un estudio de la situación en la zona geográfica afectada, y a fin de comprobar si GAS

ALICANTE disponía de otras opciones ha valorado las alternativas que en ese lugar y fecha se le ofrecían para conectarse a la red como necesitaba: ha valorado la distancia que Gas de Alicante tenía que recorrer, o lo que es lo mismo, los kilómetros de gasoducto que debía construir para poder conectar con la red de 4 a 16 bar de GND y los kilómetros que debía construir para poder conectar con la red de ENAGAS (la otra alternativa, pues es el transportista). Y ha concluido que en el caso de ALBATERA, para conectarse con GND debería construir un conducto de 2.5 Km. mientras que para conectarse con ENAGAS éste conducto debería tener una longitud de 8 Km., es decir, unos 5,5 Km. más. Y en el caso de ELDA 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 de los peajes y cánones de acceso de terceros a las instalaciones gasistas para el año 2008.

Con estas cifras en la mano, no resulta difícil extraer conclusiones y efectuar cuentas: en el caso de Albatera el extracoste en el que debería incurrir GA para conectarse a ENAGAS en lugar de a GND era ligeramente superior a un millón de euros, y en el caso de Elda ese extracoste sería de algo más de seis millones de euros.

A juicio de esta Sala, con base en los razonamientos expuestos, y con el informe de la CNE conservando su plena validez a los efectos estudiados, por no haberse practicado prueba que acredite lo contrario, resulta que ante el alto coste de las alternativas de conexión a la red de GND, esta empresa, 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 Albatera y Elda. Y no existiendo ni habiéndose ofrecido explicación ni justificación alguna a la negativa continuada en el tiempo de facilitar el acceso a dicha red, dicha negativa debe calificarse como abusiva.

GND, al dificultar el acceso a GAS ALICANTE a sus redes, en primer lugar está dificultando en extremo el ejercicio de su actividad empresarial a dicha empresa que no puede ni aumentar sus clientes ni facilitar a los que ya tiene el gas; y al tiempo, está aumentando su propia capacidad de suministrar gas a terceros.>>

El recurso se articula mediante dos motivos, el primero formulado al amparo del artículo 88.1 c) LJCA por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación a la denegación de la prueba interesada, causante de indefensión. Y el segundo motivo, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 LJCA, en el que 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 por entender la mercantil recurrente que en contra de lo declarado por la Comisión de Defensa de la Competencia, la empresa sancionada no había incurrido en una conducta abusiva de su posición de dominio.

SEGUNDO .- Como hemos expuesto, en el primero de los motivos de casación se denuncia la infracción de las normas reguladoras de los actos y garantías procesales, con vulneración del artículo 24 de la Constitución. Según la entidad recurrente la infracción procesal se habría producido porque propuesta prueba documental consistente en la aportación de los planos de transporte de Enagás y Gas Alicante sobre los que la Comisión Nacional de la Energía elabora el informe que sirve de base a la Comisión Nacional de la Competencia para decidir si la red de transporte "está alejada", por Auto de la Sala de instancia de 27 de octubre de 2009 denegó el

recibimiento del pleito a prueba y el ulterior Auto de 12 de noviembre de 2009, confirmó el anterior criterio. Se alega que ambos Autos carecen de la necesaria justificación, pues el primero se limita a rechazar la prueba propuesta con el sucinto argumento de que "no ha lugar al recibimiento del pleito a prueba", sin especificar las razones, mientras que el segundo Auto tan sólo indica que no procede la práctica de la prueba pero por razones insuficientes. La prueba interesada era decisiva pues a través de ella se pretendía acreditar uno de los elementos de la conducta imputada de abuso de posición de dominio del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, a cuyo fin era imprescindible constatar las distancias que mediaban entre los puntos de conexión de la red de gas en cuya dificultad se sustenta la resolución sancionadora. Señala la recurrente que la prueba documental propuesta era esencial en términos de defensa y su práctica habría permitido acreditar las distancias reales en los puntos de conexión de las redes de gas, que siempre ha cuestionado y, en definitiva, de haberse admitido la prueba pretendida la sentencia podría haber sido favorable a sus pretensiones.

Pues bien, la ahora recurrente interesó el recibimiento a prueba, en concreto, para la práctica de la documental en los términos que hemos descrito, esto es, para la aportación a autos de los planos de la Red de Transporte de Enagas y Gas Alicante. Primeramente rechazada, en el Auto resolutorio de la súplica, la Audiencia Nacional consignó las siguientes razones para denegar la prueba interesada:

<< UNICO-. En el Otrosí primero de la demanda se solicita el recibimiento a prueba del recurso que "deberá versar sobre las cuestiones que han sido denegadas en la tramitación del expediente sancionador, y en concreto a los que hace referencia los puntos 1.1 y 1.3 del apartado 8º de los antecedentes de hecho del escrito de la CNC sobre proposición de prueba y vista -folio 127 al 134 del expediente- y que son esenciales para determinar si efectivamente gas natural tiene posición de dominio".

En el escrito de recurso de súplica se señala que "la prueba solicitada por esta parte no es otra que se aporten los planos de la red de transporte de Enagás y de Gas Alicante sobre los que la CNE elabora el informe que sirve a la Comisión Nacional de la Competencia para decidir que la red de transporte está " *alejada* " respecto de la red de distribución de Gas Alicante y por tanto debe ser Gas Natural Distribución quien le facilite el enganche".

El examen de las actuaciones pone de manifiesto que no se han utilizado por la CNE ni por la CNC planos distintos de los enviados por la propia empresa ahora recurrente. Así resulta de la lectura del acto administrativo impugnado, que resume lo que esta Sala ha podido comprobar examinando el expediente administrativo:

" *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".

Esta Sala no aprecia que la aportación de los planos de la red de distribución de la codemandada sea un hecho relevante a los efectos indicados. Por otra parte, el art. 24 pfo.1 de la Constitución impone a los órganos jurisdiccionales un deber positivo, el facilitar a los litigantes el derecho no solo a alegar sino también a justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos. Pero ello, como reiteradamente ha afirmado el Tribunal Constitucional no implica en modo alguno un derecho ilimitado a practicar las pruebas que proponga, pues es tarea del juzgador dilucidar la pertinencia de las mismas (STC 89/86 de 1 de julio). En este caso, se solicita el recibimiento a prueba a los solos efectos de aportar unos planos que la Sala no considera relevantes para la resolución del asunto.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso.>>

Pues bien, la respuesta que dio la Sala de instancia para denegar el recibimiento del pleito a prueba y en definitiva, la práctica de la prueba documental interesada resulta suficiente, pues en ella se exponen las razones determinantes de su rechazo, con una argumentación lógica que sustenta tal decisión.

En efecto, la controversia planteada en el proceso de instancia tuvo por objeto determinar si la conducta de Gas Natural SDG era constitutiva de una situación de abuso de posición dominante, siendo así que en esta apreciación se ponderaban la distancias de las redes de las compañías en conflicto a los efectos de determinar la viabilidad de la conexión. Es un hecho admitido por la recurrente, pues no lo combate en casación, que el informe de la Comisión Nacional de la Energía se realizó a partir de los planos por ella facilitados y con tales datos emitió su informe sobre los costes de la conexión de Gas Alicante en las distintas alternativas. Así las cosas, la determinación de las distancias entre los puntos de conexión y el coste de la misma en las diferentes opciones, en concreto con Enagás, se elaboró a partir de los documentos suministrados por la recurrente que no expone en esta sede la razón por la que no considera válidos dichos planos, y en fin, no contradice la razón de la innecesariedad de la prueba indicada por la Audiencia Nacional. Además, la recurrente, pudo fácilmente aportar los planos a los que tenía acceso con la demanda, sin hacerlo, para luego solicitarla en el período probatorio.

La práctica de la documental resultaba inútil pues se refería a datos objetivos que figuraban en autos a través de la documentación que adjuntó la propia recurrente al expediente y que, en su caso, pudo incorporar al proceso a través de prueba documental para acreditar las distancias aludidas. Se cuestionan ciertos datos fácticos que indicó Gas Natural sin fundamentar tan siquiera la razón de la discrepancia y sin agotar las posibilidades probatorias que estaban a su alcance, refiriéndose la queja únicamente a la disconformidad con el razonable criterio judicial, sin que se haya generado indefensión material a la recurrente.

TERCERO.- El examen del segundo motivo de casación planteado al amparo del artículo 88.1d) LJCA exige un examen detenido de lo actuado.

Como acoge la sentencia impugnada en su segundo fundamento de derecho, la resolución sancionadora de la Comisión de Defensa de la Competencia declaró los

siguientes hechos probados:

<< [...] TERCERO-. Se admiten los hechos declarados probados por la resolución impugnada de entre los cuales la Sala considera deben resaltarse los siguientes:

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.

En los hechos enjuiciados intervienen:

Un transportista, titular de instalaciones de almacenamiento, regasificación o gasoductos de transporte de presión superior a 16 bar. 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.

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.

Un distribuidor, titular de instalaciones de distribución de gas natural con presión menor o igual de 16 bar o que alimenten a un solo consumidor.

Su función es: -. transmitir el gas natural por canalización desde las redes de transporte hasta los puntos de suministro, -.construir, mantener y operar las instalaciones de distribución, -. vender gas natural a los consumidores a tarifa, -. compra el gas al transportista a un precio de transferencia regulado y lo vende también a precio regulado a los clientes a tarifa.

Al igual que el transportista, el distribuidor debe permitir el acceso a sus instalaciones a terceros.

El Gestor Técnico del sistema: es el 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 de independencia.

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.

La red de distribución está 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:

- 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.

- Los restantes gasoductos de distribución, construidos dentro de la población, que suelen operar a no más de 4 bar, y constituyen redes más o menos malladas que distribuyen el gas natural en el interior de la población llegando hasta el consumidor final.

El gas natural que entra en el sistema efectúa el siguiente recorrido:

1º los ejes de transporte primario,

2º atraviesa los gasoductos de transporte secundario y/o de distribución de 16 bar,

3º entra en la red, de menor presión, que discurre por los núcleos urbanos y que llega hasta el consumidor final.

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.

La referencia a la "racionalidad técnica y económica" que efectúa el artículo 12 del R.D. 1434/2002 ha sido interpretada por la CNE 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 aquella ("la antena") debe permitir la conexión de otros distribuidores a la misma, evitando de esta manera la duplicación innecesaria de estas antenas de conexión.

Gas Natural es el titular de la mayor parte de las antenas 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.

Las instalaciones de distribución requerirán autorización administrativa previa, debiendo acreditar los solicitantes de la misma una serie de requisitos.

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".

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.

Conflicto en 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.

Las acometidas realizadas para los puntos de suministro fueron pagadas por GA a ENAGAS según consta en el expediente.

El 19 de julio de 2004 la Generalitat Valenciana certifica que las instalaciones están aptas para su puesta en marcha y funcionamiento. 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 . También se dirige a la CNE.

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. 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 la adopción de las actuaciones necesarias 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.

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.

Conflicto en Albatera: El 18 de abril de 2000 ENAGAS ofrece a GAS ALICANTE las condiciones tecnicoeconómicas del suministro para el municipio de Albatera (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. Las acometidas realizadas para los puntos de suministro fueron pagadas por GA a ENAGAS según consta en el expediente.

El 19 de julio de 2004 la Generalitat Valenciana certifica que las instalaciones están aptas para su puesta en marcha y funcionamiento. 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 la aplicación del artículo 12.3 del RD 1434/2002 .

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 Albatera, según las condiciones pactadas entre las partes.

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.

El 19 de mayo de 2005 GAS ALICANTE firma un acuerdo de suministro con un cliente para ponerle en servicio gas natural en dicho mes.

La empresa 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 Albatera de la provincia de Alicante"*, ordenada por el Director General de Energía.

Gas Alicante realizó instalaciones provisionales de butano para cumplir las obligaciones de prestación de servicio contratadas con clientes; igualmente procedió a instalar una planta satélite de Gas Licuado de Petróleo (GLP). Los importes superan los 12.000 €.

El día 8 de noviembre de 2007 la CNE emitió informe a solicitud de la CNC en el que consta que:

1º Los gasoductos de transporte en el año 2006 en España tenían 8.789 kms de los que ENAGAS, empresa transportista era titular del 86,6%

Los gasoductos de transporte primario tenían una longitud de 7.948 Km., de los cuales el 95,6 % corresponde a ENAGAS. Y los gasoductos de transporte secundario tenían una longitud de 841 Km., de los cuales el 68,6 % corresponde al GRUPO GAS NATURAL.

2º los gasoductos de distribución en el año 2004 en España tenían 43.130 Km., siendo la principal empresa distribuidora el GRUPO GAS NATURAL, con el 84 % de los gasoductos.

En el concreto segmento de los 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.).

Para valorar la distancia de un punto de conexión respecto de la red básica de transporte, y en el concreto supuesto de autos, y para concluir si debe considerarse "alejada", la CNE tuvo en cuenta:

- 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.

- La 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.

Con este fundamento y elementos de cálculo, la CNE llegó a las siguientes conclusiones:

1º en Albaterra, (punto de conexión) la distancia con la red de Gas Natural Distribuidora era de 2,5 Km., mientras que la distancia con la red de Enagás era de 8 kms requiriéndose una longitud adicional necesaria para conectar a la red de transporte de 5,5 kms.

2º en Elda, (punto de conexión) la distancia con la red de Gas Natural Distribuidora era inferior a 500 ms, mientras que la distancia con la red de Enagás era de 32,7 kms requiriéndose una longitud adicional necesaria para conectar a la red de transporte de 32,7 km.

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 realiza el siguiente cálculo: mide la longitud de gasoducto que la empresa que había interpuesto la denuncia ante la CNC debería construir para unir su red a ENAGAS (el transportista) en lugar de conectarse a las redes de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN, la empresa denunciada.

Y concluye que en el caso de Albaterra la clasificación de la diferencia de distancia entre las dos alternativas, es decir, la longitud adicional necesaria para conectar a la red de transporte, es de "alejada", la misma conclusión que se obtiene en el caso de Elda.

Cada tramo de un kilómetro a construir 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.>>

CUARTO.- En los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia recurrida, que parcialmente hemos reproducido, la Sala de instancia transcribe los artículos 10 y 12 del Real Decreto 1434/2002, de 27 de diciembre, que regulan los derechos y obligaciones de las empresas distribuidoras a partir de los cuales concluye que en el supuesto enjuiciado existe un mercado relevante y una posición de dominio de la empresa recurrente Gas Natural SAU. Examina la situación y las concretas solicitudes de conexión en los términos de Albaterra y Elda y las alternativas reales que había para Gas Alicante al punto de conexión interesado. Finalmente tras valorar las distancias y el coste de conexión de las diferentes alternativas, tal como se recogen en el informe de la CNE, concluye la Sala que existió una conducta en Gas Natural SDG, que dificultó el acceso a sus redes a Gas Alicante que califica como abusiva en atención a la especial responsabilidad y diligencia que pesa sobre las empresas en posición de dominio.

Pues bien, lo que realmente discute la mercantil en este segundo motivo en el que también hace una mención al mercado relevante, es el punto relativo a la existencia de una conducta abusiva por existir otras alternativas a la conexión a la red interesada por Gas Alicante. La Sala de instancia delimita la existencia del mercado relevante de las redes de distribución de 4 a 16 bares, mercado claramente definido haciendo un análisis desde el punto de vista económico y jurídico con las razones que acertadamente expone en el fundamento jurídico cuarto de su pronunciamiento y que esta Sala asume, pues es conforme con nuestro criterio expuesto en la sentencia que se cita de 26 de diciembre de 2007, al tratarse de empresas que compiten en un segmento del mercado suficientemente caracterizado, como es el de acceso a la distribución de gas. Por consiguiente las alegaciones expuestas por la recurrente, que niega la existencia de un mercado de conexión de redes de distribución invocando el régimen en el que se desarrolla la actividad de distribución resultan totalmente inviables dada las funcionalidades de las redes de distribución, a las que se refiere Enagás, que pueden dar lugar a comportamientos contrarios a la competencia.

Por lo demás, considera la Sala que la negativa de Gas Natural a facilitar el acceso a su red de 14 a 16 bar, sin ofrecer una justificación a la negativa continuada en el tiempo "debe calificarse como abusiva", interpretación que ya adelantamos, consideramos acertada. Como hemos declarado en otras 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 apreciar 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. Y esto es lo que aquí sucede, pues se ha acreditado la posición de dominio de Gas Natural en el mercado de las redes de 14 a 16 bar en la zona indicada y la negativa de esta última, mantenida en el tiempo, a la conexión solicitada por Gas Alicante en los municipios de Elda y Albufera. La justificación ofrecida por la recurrente no resulta razonable, pues se limita a plantear la posibilidad de conexión con otra red en la provincia, señalando la red de Enagás. La prueba obrante en el expediente, singularmente, el informe de la Comisión Nacional de La Energía, que realiza un completo análisis de los costes de la conexión alternativa en atención a las distancias constatadas a través de los planos incorporados por la propia recurrente, determina que la solución en la que se sustenta la negativa no resulta aceptable, por implicar un importante y antieconómico sobrecoste para la empresa solicitante de tal calado que impide, en realidad, cualquier respuesta comercial. Así, las distancias de la red de Gas Natural se fija en 2,5 Kms, mientras que con la red de Enagás es de 8 Kms, y en el término de Elda, las distancias son más elocuentes. Mientras la distancia con la red de Gas Natural es inferior a 500 metros, con la red de Enagás se amplía a 32, 7 Kms, calculando la CNE el valor de 185.000 Euros el coste del tramo de un kilómetro del gaseoducto que la empresa solicitante debía construir para conectar su red. Todo ello pone de manifiesto la ausencia de racionalidad económica de la alternativa señalada por la recurrente Gas Natural.

En definitiva, lo determinante para constatar si hubo abuso de posición de dominio es comprobar si el comportamiento de la recurrente, que se encontraba en una clara posición de dominio en las redes de distribución de 14 a 16 bar en la zona delimitada y si la negativa a la conexión esgrimida era razonable. Y con arreglo a lo expuesto, la resulta correcta la apreciación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la imposibilidad de obtener de forma alternativa la conexión, la imposibilidad de réplica de la empresa solicitante que compite en el mercado, que implica la consolidación de la posición de ventaja competitiva sustancial de Gas Natural en la zona geográfica mencionada y deja a la solicitante sin capacidad ni posibilidad de competir en el indicado mercado.

La conducta descrita es claramente inadmisible 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 inaceptable justificación, se impide a otra empresa la realización de su actividad comercial, la prestación del servicio de gas. El comportamiento descrito, como hemos dicho, carece de cualquier justificación de carácter objetivo o económico y no puede sino ser considerado como una ilícita actuación de abuso de posición de dominio respecto a un competidor por no existir alternativa real a la conexión de las redes para la prestación de sus servicios, con la dificultad para satisfacer a sus propios posibles clientes, constituyendo así objetivamente una barrera potencial de acceso al

mercado, todo lo cual incurre en conductas prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia .

QUINTO. - De lo expuesto en los precedentes fundamentos de derechos se deriva la desestimación del recurso de casación formulado por Gas Natural SDG contra la sentencia de 25 de marzo de 2010 , que desestima el recurso contra la resolución de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de 26 de marzo de 2009, que le condena por infracción del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia , resolución que declaramos conforme a derecho.

SEXTO .- La desestimación del recurso de casación conlleva la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes contrarias.

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

FALLAMOS

Primero.- DESESTIMAR el recurso de casación número 3053/10, interpuesto por GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG SA, contra la sentencia de fecha 25 de marzo de 2010 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 198/09 , sobre resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia.

Segundo.- Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de esta sentencia.

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 José Yagüe Gil.-Manuel Campos Sánchez Bordona.-Eduardo Espín Templado.-José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat.- María Isabel Perelló Doménech .- Rubricado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excmá. Sra. D^ª. María Isabel Perelló Doménech , estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.