

RESOLUCIÓN (Expte. 540/02, Gas Natural)

Pleno

Excmos. Sres.:

Solana González, Presidente

Huerta Trolèz, Vicepresidente

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

Comenge Puig, Vocal

Martínez Arévalo, Vocal

Franch Menéu, Vocal

Muriel Alonso, Vocal

del Cacho Frago, Vocal

En Madrid, a 14 de noviembre de 2003.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal D. José Juan Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 540/02 (2096/99 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio, SDC), iniciado por denuncia formulada por Continental de Gas y Calefacción S.L. contra Gas Natural Castilla y León S.A. (en adelante Gas Natural), Gas Bierzo S.L. y Gas del Valle S.L. por haber incurrido en prácticas anticompetitivas en el Municipio de Ponferrada (León) consistentes en la realización, desde una presunta posición de dominio, de una campaña publicitaria en la que vincula el mercado de las instalaciones de gas individuales y el mercado de las correspondientes revisiones al mercado de las instalaciones comunitarias, lo que pudiese provocar la expulsión de sus competidores.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 11 de julio de 1995 Continental de Gas y Calefacción denunció a Gas Natural y 12 empresas más por supuestas prácticas incursas en los artículos 1 y 6 de la LDC, consistentes en la negativa de Gas Natural a aceptar a la denunciante como empresa colaboradora en la distribución de gas natural en León y en el acuerdo de precios por 12 empresas colaboradoras en la colocación de las instalaciones externas de las viviendas. Dicha denuncia fue registrada y tramitada con el número de expediente 1264/95 en el Servicio y con el 482/00 Gas Natural Castilla León en el Tribunal. Dicho expediente terminó por Resolución de fecha 5 de enero de 2001 con declaración de práctica prohibida (art. 6 LDC) e

imposición de multas impugnada ante la Audiencia Nacional en recurso contencioso-administrativo aún no resuelto.

2. El 2 de mayo de 1999 un nuevo escrito de Continental de Gas y Calefacción ponía de manifiesto la actuación en Ponferrada de Gas Natural y de las empresas Gas del Valle S.L. y Gas Bierzo S.L. y, en un principio, fue incorporado al expediente 1264/95 del Servicio, pero, más tarde, se inició un nuevo expediente con el número 2096/99 y, después de llevar a cabo una información reservada solicitando diversas informaciones, por Providencia de 27 de octubre de 2000 se incoó expediente sancionador.
3. Con fecha 29 de mayo de 2002 el Servicio acordó un Sobreseimiento parcial del expediente respecto a la imputación de las empresas Gas del Valle S.L., Gas Bierzo S.L. y Oscagas S.A.. Dicho Acuerdo de Sobreseimiento parcial fue recurrido ante el Tribunal por Continental de Gas y Calefacción S.L. el 17 de junio de 2002 (expte. R 531/02). Por Resolución de 13 de mayo de 2003 fue desestimado dicho recurso por el TDC.
4. El 12 de junio de 2002, el Servicio redactó el Informe-Propuesta y remitió el expediente al Tribunal. En él se propone que:
 - a) *Declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 de la LDC, consistente en la realización de una campaña publicitaria en la que vincula el mercado de las instalaciones individuales y el mercado de las revisiones al mercado de las instalaciones receptoras comunitarias, en el que Gas Natural ostenta posición de dominio, provocando con ello la expulsión de sus competidores.*
 - b) *Se intime a Gas Natural Castilla y León a que cese en la realización de la práctica considerada prohibida.*
 - c) *Se intime a Gas Natural Castilla y León para que en lo sucesivo se abstenga de realizar prácticas semejantes.*
 - d) *Se ordene a Gas Natural Castilla y León la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución, que en su momento se dicte, en el Boletín Oficial del Estado y un diario de información general que tenga difusión en Ponferrada.*

5. Recibido el expediente en el Tribunal el 13-6-02, por Providencia de 19 de junio de 2002 se admitió a trámite y designado Ponente se acordó poner de manifiesto las actuaciones a los interesados para que pudieran solicitar las pruebas que estimaran necesarias y solicitar vista.

6. Gas Natural Castilla y León, el 8 de julio de 2002 interpuso recurso potestativo de reposición contra la citada Providencia de admisión a trámite, de 19 de junio de 2002, solicitando expresamente la suspensión del procedimiento en tanto se resolviese el recurso presentado. Dicho recurso (expte. r 533/02 v) fue inadmitido por Resolución del TDC de 23 de septiembre de 2002 impugnado ante la Audiencia Nacional en recurso contencioso-administrativo al amparo del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, aún no resuelto. En los Fundamentos de Derecho de dicha Resolución se afirmaba que, en coherencia con el criterio también adoptado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 5 de febrero de 1991 y 27 de abril de 2001, sobre acuerdos de incoación de expedientes sancionadores, y por aplicación de los preceptos comprendidos en la Sección 50 del Título III de la Ley de Defensa de la Competencia, (arts. 47 a 49), correspondía inadmitir el recurso. Se señalaba también que a dicha conclusión *no obsta la línea argumental de la recurrente relativa a la aplicación en este caso de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo, en la redacción dada a su artículo 107 por la Ley 4/1999, de 13 de enero, porque, aún en el supuesto de aceptación de la propuesta de la impugnante de la vía supletoria de dicha Ley prevista en el artículo 50 de la Ley de Defensa de la Competencia, no concurren en este recurso los requisitos establecidos en el mencionado precepto. En efecto, el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, faculta a los interesados para interponer los recursos de alzada y potestativo de reposición contra las resoluciones y actos de trámite, siempre que éstos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Analizada la Providencia recurrida en presencia de los parámetros indicados, es evidente que el acto impugnado ordena única y exclusivamente la admisión a trámite del expediente sancionador, y a esta sola decisión está ordenado el resto del proveído, es decir, la denominación y número de registro del expediente, la designación de Ponente, la concesión de plazo para proposición de prueba y solicitar Vista por los interesados, así como la misma frase de “haberse aportado al expediente todos los antecedentes necesarios”, expresión que no puede tener otro alcance que el mencionado, que es el correspondiente a los actos de trámite frente a las resoluciones que deciden el asunto, según la propia estructura del procedimiento; de aquí, que la Providencia en*

cuestión no decide el fondo del asunto, ni directa ni indirectamente, no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, porque precisamente ordena su apertura, y no produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, si se tiene en cuenta que la misma Providencia da origen a un período de prueba que, junto a los trámites previstos en la regulación legal del procedimiento, permite a la parte recurrente manifestar todo lo que a su derecho convenga, con propuesta de los idóneos medios probatorios. En definitiva, en el supuesto de entender procedente la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al caso de autos, éste estaría comprendido en el artículo 107.1, párrafo segundo, que permite a los interesados ejercitar la oposición a los actos de trámite no susceptibles de ser recurridos en alzada y reposición para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

Por todo ello, el Tribunal resolvió *inadmitir el recurso potestativo de reposición interpuesto por D. Manuel García Cobaleda, en representación de GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN, S.A. contra la Providencia dictada por este Tribunal, con fecha 19 de junio de 2002, por la que se admite a trámite con el nº 540/02 el expediente sancionador instruido por el Servicio de Defensa de la Competencia, en virtud de denuncia de CONTINENTAL DE GAS Y CALEFACCIÓN, S.L.*

7. En el trámite de proposición de prueba compareció la denunciada, quien, además de solicitar la nulidad y la caducidad del expediente, propuso el 23 de julio de 2002 las siguientes pruebas:

Primera prueba. *Que se oficie a las comunidades de propietarios de la ciudad de Ponferrada que se han amparado en el derecho reconocido en la concesión administrativa y se les ha realizado la instalación receptora común solicitando información concreta sobre si: a) se les ha cobrado cantidad alguna y b) en su caso si no se ha devuelto alguna cantidad cobrada. (...)*

Segunda prueba. *Que se aporte documental referida a la capacidad técnica y económica de los diversos contratistas recogidos en el cuadro incorporado al pliego de cargos. (...)*

8. El Tribunal, por Auto de 21 de abril de 2003, resolvió sobre las pruebas solicitadas y sobre la celebración de vista. En él, el Pleno del Tribunal consideró procedente admitir todas las pruebas expresamente solicitadas ante el Tribunal por la entidad denunciada resolviendo:

1. Requerir a Gas Natural Castilla León para que en el plazo de diez días facilite al Tribunal la relación de las Comunidades de Propietarios de Ponferrada que en los años 1999 y 2000 se ampararon en el derecho reconocido en la concesión administrativa y se les ha realizado la instalación receptora.
2. Recibida dicha relación, oficiar a las Comunidades que el Tribunal escoja para que, en el plazo de diez días, certifiquen si se les ha cobrado cantidad alguna y, en su caso, si no se ha devuelto alguna cantidad cobrada.
3. Oficiar a Gas Natural Castilla León para que, en el plazo de diez días, aporte los documentos que acrediten su capacidad técnica así como el balance de situación y la cuenta de resultados de los años 1999 y 2000 al objeto de acreditar la capacidad económica de las empresas instaladoras Algasa, Continental de Gas y Calefacción, Gas Bierzo, Gas del Valle, Gas Norte, Oscagas, Marote, Intragas, Teltemi e Instalaciones Haro.
4. Declarar que no procede la celebración de vista oral, por lo que, en su día, se establecerá el plazo para la formulación de conclusiones escritas.
9. El 16 de mayo de 2003 el Tribunal acordó una Providencia sobre valoración de pruebas y formulación de conclusiones en la que se decía: *Póngase de manifiesto a los interesados el resultado de las diligencias de prueba para que en el plazo de diez días puedan alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia, sin perjuicio de la práctica, como diligencia para mejor proveer, de los medios de prueba propuestos y admitidos en este expediente, que no han sido efectivamente sustanciados o aquéllos que el Tribunal considere necesarios.*
10. Con fecha 10 de junio de 2003 se recibió escrito de valoración de prueba de Gas Natural de Castilla y León y el 20 de junio de 2003 escrito de conclusiones. Fuera de plazo y con fecha de entrada en el Servicio 30 de junio de 2003 -y que el Servicio remitió al Tribunal- se recibió también escrito de conclusiones de Continental de Gas.
11. El 20 de junio de 2003 el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC, acordó que procedía -como diligencia para mejor proveer y con suspensión del plazo para dictar Resolución según establece el art. 56.2 de la LDC- practicar una prueba que no había sido sustanciada con anterioridad.

12. Practicada la diligencia para mejor proveer y habiendo concedido plazo para valoración por los interesados de dicha diligencia, el 3 de noviembre de 2003 se levantó la suspensión del plazo para dictar Resolución que había sido interrumpido el 20 de junio de 2003.
13. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia deliberó y decidió sobre este expediente en su reunión del día 5 de noviembre del año 2003 encargando al Vocal-Ponente la redacción de esta Resolución.
14. Son interesados:
 - Gas Natural Castilla y León S.A.
 - Continental de Gas y Calefacción S.L.

HECHOS PROBADOS

- 1 Con fecha 18 de septiembre de 1998 y mediante Orden de la Consejería de Industria, Comercio y Turismo de la Junta de Castilla y León se otorgó concesión administrativa para la distribución y suministro de gas natural canalizado en el término municipal de Ponferrada (León) a la empresa Gas Natural de Castilla y León, S.A. (B. O. C. y L. Número 180).

El texto de la condición quinta de la citada Orden establece lo siguiente:

- Gas Natural Castilla y León, estará obligada a cumplir el resto de lo expuesto en su propuesta de 21 de noviembre de 1997. En concreto:

- Realización, sin cargo, de las instalaciones receptoras comunitarias a las comunidades de vecinos que lo deseen.

- Prestación de servicios de mantenimiento de instalaciones receptoras para usuarios individuales. (folio 326 a 336).

La resolución de las solicitudes de concesión administrativa para la distribución de gas natural canalizado, cuando concurren proyectos en competencia, viene regulada en el artículo 11 del Reglamento del Servicio Público de Suministro de Gas, aprobado por Decreto 2913/1973, de 26 de octubre. En este caso, existen tres proyectos en competencia: GAS NATURAL CASTILLA Y LEON, S.A.; DISTRIBUIDORA REGIONAL DEL GAS, S.A. Y DISTRIBUIDORA DE GAS CANALIZADO DE CASTILLA Y LEÓN, S.A.

Los criterios reglamentarios para resolver las competencias contemplan los siguientes factores:

- Mayores ventajas en orden a la garantía, importancia, calidad, regularidad y precios de los suministros.
- Cualquier otra razón de interés general.

Entre otras ventajas aportadas por Gas Natural Castilla y León, frente a sus competidoras, se registraron, las que se citan:

- realización, sin cargo, de las instalaciones receptoras comunitarias a las comunidades de vecinos que lo deseen,
- prestación de servicios de mantenimiento de instalaciones receptoras para usuarios individuales.

Estas propuestas fueron aceptadas por la Administración, se incluyeron en la Orden de la concesión, como estipulaciones a cumplir por la empresa concesionaria.

La presente concesión se otorga por un plazo de 75 años.

El Servicio Territorial competente en materia de energía cuidará el exacto cumplimiento de las condiciones estipuladas en la citada Orden.

2. Con fecha 29 de septiembre de 1998 y tras serle otorgada la concesión administrativa para la distribución de gas natural en Ponferrada, Gas Natural Castilla y León convocó concurso público para realizar las redes de distribución de Ponferrada y para la ejecución de las instalaciones receptoras comunes de gas natural.

El objeto de dicho concurso incluye todas las actividades a realizar en la canalización y en instalaciones receptoras comunitarias.

Las empresas ofertantes en dicho concurso fueron:

- Oscagas, S.A.
- CYM, S.A.
- C.I.N.S.E.R. S.A.
- SE Montajes Industriales, S.A.
- Instalaciones y Proyectos del Gas, S.A.

- Gas del Valle Instalaciones, S.L.
- Gasindur, S.L.
- Cobra, S.A.
- Auxiliar de Pipelines, S.A.

Las empresas adjudicatarias del concurso fueron: Oscagas, S.A., Gas del Valle Instalaciones, S.L y Gas Bierzo, S.L..

Como consecuencia de dicho concurso, las empresas adjudicatarias tienen suscritos contratos de fecha 1 de enero de 1999 con Gas Natural Castilla y León.

Dichos contratos incluyen, entre otras, las siguientes cláusulas:

- El objeto del contrato lo constituye la realización de las tareas de construcción de instalaciones comunitarias de gas natural.
- Oscagas, Gas del Valle y Gas Bierzo, denominados Contratistas, en su condición de empresas instaladoras de categoría EG-IV, están especializadas en la realización de trabajos de construcción de instalaciones receptoras comunitarias de gas y Gas Natural Castilla y León, S.A., en su condición de empresa distribuidora de gas, precisa la construcción de instalaciones receptoras comunitarias para extender el suministro de gas.
- El contratista se obliga frente a la distribuidora durante la vigencia del mismo a la realización de tareas de construcción de instalaciones comunitarias de gas, duración que se establece por un plazo de 3 años entendiéndose prorrogado tácitamente por periodos anuales, de no mediar denuncia expresa y por escrito de una de las partes con seis meses de antelación a su vencimiento inicial o al de cualquiera de sus prórrogas.
- Corresponde al contratista la organización y dirección de los trabajos ejecutados, el ejercicio de las facultades disciplinarias respecto del personal, así como el cumplimiento de cuantas obligaciones le vengán impuestas por las disposiciones laborales, en materia de seguridad social, seguridad e higiene en trabajo, tributarias y cualesquiera otras, el contratista queda obligado a mantener a disposición de la distribuidora la documentación que acredite el cumplimiento de tales obligaciones.
- El contratista responderá frente a la distribuidora de los daños y perjuicios que cause como consecuencia de la ejecución de los servicios objeto del contrato. Como garantía de la responsabilidad el contratista se

obliga a contratar un seguro adecuado y suficiente.

- El contratista tomará un Seguro de Responsabilidad Civil, que cubra los posibles daños corporales y materiales producidos por el contratista o terceros, derivados de las actividades reguladas en este contrato durante la ejecución de los trabajos y con responsabilidad extracontractual sin límite de tiempo, con la garantía mínima por siniestro de 200.000.000 de pesetas.

- Las partes contratantes, para el ejercicio de acciones que pudieran surgir o plantearse con motivo de la aplicación, interpretación o incumplimiento del presente contrato, renuncian expresamente a su propio fuero o a cualquiera otro que les pudiera favorecer, sometiéndose a los Juzgados y Tribunales de Valladolid, como fuero único competente.

3. Según información facilitada por Gas Natural Castilla y León (folios 53 a 58), en el mes de octubre de 1998 como fase previa al inicio de la actividad de Gas Natural en Ponferrada, se realizó una campaña de comercialización con el fin de dar a conocer a los vecinos de la llegada del gas y el inminente inicio de las obras de canalización.

Gas del Valle-Gas Bierzo visitaron 20 comunidades de vecinos entre los días 16 y 17 de febrero de 1998, entregando unas cartas publicitarias en las que literalmente se dice: (folios 7 a 11)

“En los próximos días, un técnico comercial de la Empresa DEL VALLE-GAS BIERZO, visitará su Comunidad de Propietarios o Empresa para informarle de cómo acceder al gas natural de la manera más económica y fácil para Vd. y captar el grado de interés de los usuarios en las diversas calles, que permita a DEL VALLE-GAS BIERZO, en colaboración con GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN S.A., hacer la programación de ejecución del proyecto de canalización de las distintas calles. Para ello, y siempre en coordinación con GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN S.A., les presentará una oferta integral, es decir, incluyendo todas las partidas necesarias para que Vd. pueda utilizar el gas natural en toda su vivienda sin olvidar nada.

Usted sin duda se beneficiará en:

- Calidad, tanto en materiales como de ejecución de los trabajos, en cumplimiento de la normativa más estricta.

- Economía, el volumen de obras en Ponferrada permite aplicar precios muy competitivos. Además, para reducir el esfuerzo económico que Vd. ha

de hacer para disponer de gas natural, GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN S.A. asumirá parte de los costes y le planteará unos descuentos especiales en ésta primera fase de gas de su ciudad.

- Cumplimiento de plazos para la ejecución de obras, canalización de redes y puesta en gas de sus instalaciones.

- Comodidad e información. Queremos estar cerca de Vd. y pueda realizar todos los trámites relacionados con el suministro de gas cómodamente. Para ello la empresa DEL VALLE-BAS BIERZO está a su disposición para resolverles cualquier tipo de duda...

Esperamos que la oferta sea de, su interés y que pronto disfrute del gas natural en su vivienda, aprovechando esta OCASIÓN ÚNICA”.

También en la campaña publicitaria de Gas Natural se anunciaba, mediante carta con el encabezamiento de la empresa Gas Castilla y León, lo siguiente:

Sabe cuánto puede costar la instalación de gas natural en este edificio? NI UN DURO.

Posteriormente, los días 8 de agosto, 8 y 18 de septiembre de 2.000, Gas Natural Castilla y León envió cartas publicitarias idénticas que las anteriores, pero en este caso, con la empresa Oscagas. (folios 594 a 598). La *oferta integral*, según Gas Natural Castilla y León, ofrece a todas las comunidades de propietarios de Ponferrada que lo deseen la posibilidad de asumir los costes derivados de la ejecución de las instalaciones comunitarias, que deberían ser gratuitas, a cambio de conservar la titularidad de las mismas, así como la obligación de mantenimiento y conservación, independientemente de cuál sea la empresas instaladora que la ejecute.

4. Para garantizar la conexión a la red de gas, los clientes firman un contrato de ejecución de la instalación comunitaria que contiene, como mínimo, los siguientes compromisos: (folio 292).

- Sólo realizará la instalación comunitaria cuando exista un número determinado de usuarios de gas.

- El usuario de gas deberá satisfacer a Gas Castilla y León una cantidad anual revisable anualmente.

- La instalación no será propiedad de la comunidad hasta que no hayan transcurrido 20 años desde la puesta en marcha de la instalación.

- El mantenimiento de la instalación es a cargo de la comunidad; no obstante durante el período de 20 años Gas Natural realizará el mantenimiento por sí o por medio de empresa autorizada.

5. Según información de Gas Natural (folios 53 a 58), en la actualidad no existe la figura de empresa colaboradora de Gas Natural Castilla y León, Ponferrada, ni en otra ciudad, en la que Gas Natural Castilla y León esté autorizada para distribuir gas natural.

De acuerdo con la normativa anterior, en Ponferrada pueden actuar, como instaladores de gas todas aquellas empresas que estén autorizadas por el Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo de León. Cada empresa podrá realizar las instalaciones correspondientes a su categoría. (IGI, IGII, IGIJI e IGIV); cada empresa debe tener al menos un instalador autorizado por cada 5 especialistas para empresas EGI o JO especialistas para empresas EGII, EGIII e EGIV.

Además de las empresas autorizadas por el Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo de León, puede realizar instalaciones en Ponferrada cualquier empresa autorizada en cualquier otra provincia de la Comunidad o en cualquier otra Comunidad Autónoma, sin más requisito que comunicar su intención al Servicio Territorial de Industria, Comercio y Turismo de León, junto a su autorización en otra Provincia o Comunidad Autónoma y darse de alta en el Impuesto de Actividades Económicas de la Provincia de León o del Municipio de Ponferrada, si no tiene LA.E. nacional. (folios 60 a 201).

Gas del Bierzo S.L. está inscrita como empresa instaladora EGJV, pudiendo hacer cualquier tipo de instalación de gas.

Continental de Gas y Calefacción tiene concedida la autorización administrativa para realizar instalaciones de gas natural, como empresa instaladora de gas EG-JV en Ponferrada, desde el 27 de enero de 1999.

Oscagas está autorizada también como empresa instaladora de gas y calefacción, por el Servicio de Energía y Minas de la Junta de Castilla y León.

6. Según información facilitada por la Junta de Castilla y León, el número de instalaciones individuales realizadas por la empresa Gas Natural Castilla y

León S.A. en Ponferrada, a través de las empresas instaladoras son las siguientes:

<u>INSTALADORES</u>	<u>INSTALACIONES INDIVIDUALES</u>	<u>%</u>
ALGASA	42	1%
CONTINENTAL DE GAS Y CALEFACCIÓN	105	3%
GAS BIERZO	788	22%
GAS DEL VALLE	851	24%
GAS NORTE	230	6%
OSCAGAS	502	14%
MAROTE	273	8%
INTRAGAS	257	7%
TELTEMMI	416	12%
INSTALACIONES HARO	41	1%
OTROS	72	2%
TOTALES	3.577	100%

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Antes de analizar las cuestiones de fondo y con anterioridad también al análisis de la caducidad solicitada repetidamente por la imputada, conviene examinar en primer lugar una serie de alegaciones reiteradas relativas a irregularidades procedimentales Bprecipitación con que procedió el Servicio acuciado, según la alegante, por la posibilidad de caducidad-, ciertas pruebas incriminatorias presentadas con posterioridad

al Pliego de Concreción de Hechos y que pudieran ser falsas, inseguridad jurídica, nulidad de actuaciones e indefensión que Gas Natural ha venido planteando en distintos momentos del procedimiento, llegando incluso a presentar un recurso potestativo de reposición contra la Providencia de admisión a trámite del expediente ante el Tribunal que fue inadmitido por Resolución de 23 de septiembre de 2002 tal y como se recoge en el AH número 6 y ya en ella se contestaba a algunas de las cuestiones planteadas.

El Tribunal no encuentra nada invalidante en estas circunstancias a las que la instrucción en el Servicio pudo verse abocada, ya que las pruebas - como así se hizo- han podido ser solicitadas de nuevo ante el Tribunal - que aceptó las propuestas y practicó como diligencia para mejor proveer la que estimó conveniente y que no se pudo practicar con anterioridad- y sobre el examen de las alegaciones al Pliego, que realiza el Servicio en el Informe Propuesta, Gas Natural ha alegado ante el Tribunal cuanto le ha convenido. Del examen del expediente se desprende, por tanto, que éste ha sido tramitado respetándose la normativa vigente actuándose de acuerdo con el procedimiento establecido en la LDC y de forma supletoria en la Ley 30/92, sin que en ningún momento se hayan violado los derechos de defensa, reuniendo tanto la Providencia de incoación del expediente, dictada por el órgano competente para ello, como el Pliego de Concreción de Hechos -primero y único acto que define la acusación y, por tanto, el que recoge los hechos que pudieran ser constitutivos de infracción- los requisitos formales exigidos toda vez que éste contiene claramente los hechos que se imputan, así como su calificación jurídica y la posible sanción al amparo de lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 11 de la LDC, coincidiendo el Informe Propuesta con lo expuesto en dicho Pliego. Por tanto, es claro que las imputadas han tenido conocimiento suficiente de dichos hechos, pudiendo haber hecho todas las alegaciones que han estimado convenientes para su defensa y ejercitar con plenitud su derecho de defensa, lo que elimina cualquier atisbo de indefensión con trascendencia suficiente para considerar vulnerado el artículo 24 de la CE y ello de acuerdo con reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, (entre otras, Sent. 29/1989, de 6 de febrero) y jurisprudencia del Tribunal Supremo que se refleja , entre otras, en las de 21 de abril de 1997, 2 de junio de 1997, etc. Tal y como se señala también en el Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia ya firme de la Sala sexta de la Audiencia Nacional de 11 de abril de 2003 en el recurso contencioso administrativo 0525/00, *la indefensión, desde su perspectiva constitucional, en el procedimiento administrativo sancionador se produce cuando la parte afectada no puede formular alegaciones al respecto una vez conocidos los hechos imputados ni proponer pruebas para su defensa.*

El Tribunal entiende que tal situación no se ha producido en este expediente litigioso. Como la propia jurisprudencia constitucional señala, la idea de indefensión contiene, enunciándola de manera negativa, la definición del derecho a la defensa jurídica de la que se ha dicho que supone el empleo de los medios lícitos necesarios para preservar o restablecer una situación jurídica perturbada o violada, consiguiendo una modificación jurídica que sea debida tras un debate (proceso) decidido por un órgano imparcial (jurisdicción).

Tal y como también se recuerda en dicha sentencia de la Audiencia Nacional, *el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre lo que constituye la esencia de la indefensión, esto es, una limitación de los medios de defensa producida por una indebida actuación de los órganos judiciales, o, en otras palabras, aquella situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de las facultades de alegar y, en su caso, de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en aplicación del indispensable principio de contradicción (Auto TC 1110/1986).*

La parte actora en el marco de este expediente ha tenido la posibilidad de rebatir las pruebas practicadas en el expediente, proponer y practicar pruebas, no pudiendo prosperar en consecuencia su pretensión anulatoria con tal fundamento. Las irregularidades que la imputada plantea tanto durante el procedimiento ante el Servicio como ante el Tribunal, no tienen la entidad suficiente como para declarar la nulidad del procedimiento. Téngase en cuenta que -como también se afirma en dicha Sentencia de la Audiencia Nacional recogiendo reiterada jurisprudencia- *lo que en el artículo 24.1 garantiza la Constitución no es la corrección jurídica de todas las actuaciones de los órganos judiciales sino, estrictamente, la posibilidad misma de acceder al proceso, de hacer valer ante el órgano judicial los propios derechos e intereses, mediante la necesaria defensa contradictoria y de obtener, en fin, una respuesta judicial fundada en derecho y de contenido no irrazonable sobre la propia pretensión (STC 41/1986, de 2 Abril y Auto TC 914/1987, de 15 Junio).*

2. En lo que se refiere a la muy reiterada petición de caducidad del expediente tanto respecto a la fase del procedimiento ante el Servicio como posteriormente ante el Tribunal cabe señalar por su orden lo siguiente:

- 2.1. Respecto a la caducidad del expediente en la fase de tramitación ante el Servicio considera el Tribunal que es correcto cuanto se argumenta en el Informe Propuesta en el sentido de que la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, estableció determinadas modificaciones de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, entre las que se encuentra el artículo 56 que establece los plazos máximos de duración de las fases ante el Servicio y ante el Tribunal, de los procedimientos sancionadores por infracción de la LDC.

Así, el artículo 100 de la mencionada Ley 66/97, de modificación de la LDC añade un nuevo artículo 56 a la LDC, que quedó redactado en los siguientes términos:

El plazo máximo de duración de la fase de procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio será de dieciocho meses a contar desde la incoación del mismo....

Transcurrido el plazo anterior sin que el Servicio hubiera remitido el expediente al Tribunal para su resolución o hubiese acordado su sobreseimiento, se procederá de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar su caducidad.

Dicho artículo 56 es de aplicación a aquellos procedimientos que se inician a partir de 1 de enero de 1998, según lo establecido en la Disposición transitoria duodécima de la LEY 66/97. Este plazo ha sido reducido a doce meses para los expedientes incoados a partir del 1 de enero de 2001, según lo establecido en la Ley 52/99, de 28 diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

La incoación de expediente se hizo el día 27 de octubre de 2000, momento a partir del cual se inicia el cómputo de 18 meses, por lo que la caducidad del mismo se produce el día 27 de abril de 2002, ampliada por la suspensión de plazo hasta el día 16 de junio de 2002.

Puesto que el expediente fue remitido por el Servicio al Tribunal el 12 de junio de 2002, donde se recibe el 13, no procede apreciar caducidad del expediente ante el Servicio.

- 2.2. En cuanto a la caducidad ante el Tribunal solicitada en varias ocasiones cabe indicar:

- a) Que efectivamente el expediente se admitió a trámite en el Tribunal el 19 de junio de 2002 por lo que -en principio, y tal como se señalaba antes en la web del Tribunal- hubiese caducado el 19 de junio de 2003. El 20 de junio de 2003 el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC, acordó que procedía -como diligencia para mejor proveer y con suspensión del plazo para dictar Resolución según establece el art. 56.2 de la LDC- practicar una prueba que no había sido sustanciada con anterioridad. Según esto - y sin tener en cuenta otras circunstancias que a continuación se citarán- se debería concluir que había caducado por un día al menos.
- b) Sin embargo, es fundamental tener en cuenta que el 8 de julio de 2002 Gas Natural Castilla y León interpuso recurso potestativo de reposición (expte. r 533/02 v) contra la Providencia de admisión a trámite, recurso que fue inadmitido por Resolución del TDC de 23 de septiembre de 2002. La misma recurrente incluso pidió que se suspendiera el procedimiento hasta que se resolviese dicho recurso. De hecho, el Tribunal no actuó hasta que falló sobre las pruebas solicitadas por Auto de 21 de abril de 2003. Considera, por ello, el Tribunal que se debe aplicar a esta circunstancia lo que se dice en el art. 56.2 de la LDC:

“El Tribunal dictará resolución, y la notificará, en el plazo máximo de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente. El plazo se interrumpirá cuando se planteen cuestiones incidentales ..., se interpongan recursos ..., se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer por el Tribunal de Defensa de la Competencia,...”

Considerando estos motivos, que la LDC contempla como interrupción del plazo para dictar Resolución, y teniendo en cuenta que estuvo suspendido el procedimiento entre el 8 de julio de 2002 (fecha de interposición del recurso) y el 23 de septiembre de 2002 (fecha de su Resolución) -tácitamente, al menos, aunque no se expresara de forma explícita- y que también se interrumpió el plazo para dictar Resolución por la diligencia para mejor proveer de 20 de junio de 2003, levantándose dicha interrupción por Providencia de 3 de noviembre de 2003, hay un amplio margen para afirmar que el expediente no ha caducado, por lo que procede no atender dicha solicitud reiterada de caducidad del expediente.

Si bien el Tribunal considera que éste no es el caso, entiende que es también oportuno recordar lo que se decía respecto a la caducidad en el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia -ya firme- de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de abril de 2003 en el recurso contencioso administrativo 0525/00:

“el efecto de la caducidad no es la anulación del acto dictado en el expediente caducado, sino el archivo de éste y el inicio de un nuevo expediente mientras no haya operado la prescripción, siempre antes de haber sido dictada la resolución de fondo. Ello resulta claro si atendemos a que el artículo 63.3 de la Ley 30/1992 no implica la nulidad del acto de imposición de una sanción administrativa fuera del plazo legalmente previsto para la tramitación del expediente sancionador.

(...)

2) que aún habiendo excedido los plazos máximos señalados en la Ley de Defensa de la Competencia y treinta días más -por aplicación del artículo 43.4 de la Ley 30/1992-, existía un claro interés público que no puede verse afectado por la caducidad, al menos en la declaración de ser la conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia; y 3) respecto de las sanciones impuestas, no resultan anulables por aplicación del artículo 63.3 de la Ley 30/1992 por el simple hecho de que el expediente haya excedido los plazos de tramitación; el efecto de la caducidad es el archivo de actuaciones antes de dictar la Resolución de fondo, con posibilidad de reiniciar otro expediente con el mismo objeto antes de que se haya producido la prescripción, pero no arrastra a la anulación la Resolución recaída fuera de plazo.”

3. En cuanto al aspecto sustancial de la cuestión que se dirime en este expediente cabe señalar que la imputación concreta que se hace a Gas Natural en el Informe-Propuesta al Tribunal es la siguiente:

a) *Declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 de la LDC, consistente en la realización de una campaña publicitaria en la que vincula el mercado de las instalaciones individuales y el mercado de las revisiones al mercado de las instalaciones receptoras comunitarias, en el que Gas Natural ostenta posición de dominio, provocando con ello la expulsión de*

sus competidores.

- e) *Se intime a Gas Natural Castilla y León a que cese en la realización de la práctica considerada prohibida.*
- f) *Se intime a Gas Natural Castilla y León para que en lo sucesivo se abstenga de realizar prácticas semejantes.*
- g) *Se ordene a Gas Natural Castilla y León la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución, que en su momento se dicte, en el Boletín Oficial del Estado y un diario de información general que tenga difusión en Ponferrada.*

El núcleo de la acusación, por lo tanto, es la información facilitada por Gas Natural (y que consta en los folios 53 a 58 del expediente ante el Servicio), en la que consta que en el mes de octubre de 1998 -como fase previa al inicio de la actividad de Gas Natural en Ponferrada- se realizó una campaña de comercialización con el fin de dar a conocer a los vecinos de la llegada del gas y el inminente inicio de las obras de canalización.

Gas del Valle y Gas Bierzo visitaron entonces 20 comunidades de vecinos entre los días 16 y 17 de febrero de 1998, entregando unas cartas publicitarias en las que literalmente se dice: (folios 7 a 11)

“En los próximos días, un técnico comercial de la Empresa DEL VALLE-GAS BIERZO, visitará su Comunidad de Propietarios o Empresa para informarle de cómo acceder al gas natural de la manera más económica y fácil para Vd. y captar el grado de interés de los usuarios en las diversas calles, que permita a DEL VALLE-GAS BIERZO, en colaboración con GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN S.A., hacer la programación de ejecución del proyecto de canalización de las distintas calles. Para ello, y siempre en coordinación con GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN S.A., les presentará una oferta integral, es decir, incluyendo todas las partidas necesarias para que Vd. pueda utilizar el gas natural en toda su vivienda sin olvidar nada.

Usted sin duda se beneficiará en:

- Calidad, tanto en materiales como de ejecución de los trabajos, en cumplimiento de la normativa más estricta.

- Economía, el volumen de obras en Ponferrada permite aplicar precios muy competitivos. Además, para reducir el esfuerzo económico que Vd. ha de hacer para disponer de gas natural, GAS NATURAL CASTILLA Y

LEÓN S.A. asumirá parte de los costes y le planteará unos descuentos especiales en ésta primera fase de gas de su ciudad.

- Cumplimiento de plazos para la ejecución de obras, canalización de redes y puesta en gas de sus instalaciones.

- Comodidad e información. Queremos estar cerca de Vd. y pueda realizar todos los trámites relacionados con el suministro de gas cómodamente. Para ello la empresa DEL VALLE-BAS BIERZO está a su disposición para resolverles cualquier tipo de duda...

Esperamos que la oferta sea de, su interés y que pronto disfrute del gas natural en su vivienda, aprovechando esta OCASIÓN ÚNICA”

También en la campaña publicitaria de Gas Natural, se anunciaba mediante carta con el encabezamiento de la empresa Gas Castilla y León lo siguiente:

*¿Sabe cuánto puede costar la instalación de gas natural en este edificio?
NI UN DURO.*

La oferta integral, según Gas Natural, ofrece a todas las comunidades de propietarios de Ponferrada que lo deseen la posibilidad de asumir los costes derivados de la ejecución de las Instalaciones Comunitarias, que deberían ser gratuitas, a cambio de conservar la titularidad de las mismas, así como la obligación de mantenimiento y conservación, independientemente de cuál sea la empresa instaladora que la ejecute.

4. *Considera el Servicio que el mercado relevante es el de las instalaciones de gas natural en las viviendas de Ponferrada (León), en el que hay que diferenciar: la canalización, las instalaciones comunitarias, es decir, la común a todos los vecinos que va desde la calle hasta el contador de la vivienda y la Instalación individual, que es la realizada en cada vivienda por una empresa instaladora.*

Además de estos mercados, existe otro, dice, que es el de las revisiones de las instalaciones de gas natural, es decir, el mantenimiento, responsabilidad del usuario y que puede ser realizado por cualquier empresa instaladora autorizada para ello.

También señala el Servicio que Gas Natural Castilla y León ostenta posición de dominio en el mercado de la canalización y suministro y también en el mercado de las instalaciones comunitarias, de acuerdo con

la concesión administrativa otorgada por la Junta de Castilla y León, en virtud de la cual las instalaciones comunitarias las tendría que haber realizado sin cargo alguno al usuario. La situación de dominio en un determinado mercado puede proyectarse sobre otro que se encuentre íntimamente relacionado, de manera que cualquier hecho que se produzca en el primero puede extender los efectos abusivos al segundo.

En este caso, sigue diciendo, Gas Natural, tal y como se establece en las cartas publicitarias, ofrece a las comunidades de propietarios todos los servicios necesarios para la llegada del gas a sus viviendas; es decir, no sólo está ofreciendo la instalación comunitaria, sino también la individual (necesaria para la puesta en marcha del gas natural), y prueba de ello es que las empresas que más instalaciones individuales han realizado en Ponferrada, son las empresas que colaboran con Gas Natural, que aparecen lógicamente en su publicidad, y que son Oscagas, Gas del Valle y Gas Bierzo, con un cuota de mercado de un 60% entre las tres. Además Gas Natural también está vinculando a través de los contratos de ejecución de las instalaciones comunitarias, los servicios de mantenimiento de las instalaciones, ya que con estos contratos Gas Natural está obligando a las comunidades de propietarios a que sea ésta la que realice ese servicio durante 20 años, para los que establece un canon anual.

De esta manera, Gas Natural está limitando Bsigue señalando el Servicio- la actuación del resto de instaladores autorizados para llevar a cabo no sólo las instalaciones individuales sino también las revisiones.

El Servicio considera, por todo ello, que la actuación de Gas Natural Castilla y León respecto a la publicidad que se hizo constituye una práctica prohibida por el artículo 6 de la LDC, consistente en vincular el mercado de las instalaciones individuales y el mercado de las revisiones al mercado de las instalaciones receptoras comunitarias, en el que Gas Natural ostenta posición de dominio y del que es responsable Gas Natural Castilla y León, S.A.

El Servicio, sin embargo, también reconoce y afirma que los consumidores no han sido perjudicados.

La denunciante -Continental de Gas y Calefacción- coincide básicamente con las argumentaciones del Servicio si bien incide reiteradamente sobre el perjuicio que se le causó.

5. Gas Natural, en distintos momentos del procedimiento, realizó las alegaciones que estimó pertinentes respecto al fondo del asunto y que se pueden resumir de la forma siguiente:

Considera que ha quedado probado que jamás ha obtenido ningún beneficio ni directo ni indirecto del mercado de las instalaciones individuales. Ni compite en ese mercado, ni obtiene ningún beneficio de que otras empresas se lucren, ni le interesa obstaculizar a ninguna empresa porque cuantas más actúen en el mercado, mayor difusión tiene el gas, ya que la instalación es la que permite conectar el producto.

Recuerda algunas decisiones de la Comisión: Asunto Commercial Solvents de 1973 (compañías en mercados conexos); Decisión 14 de diciembre de 1985 Azco, donde se trataba de eliminar a un competidor; Decisión BPB Industries de 5 de diciembre de 1988, beneficio discriminatorio a favor de compradores exclusivos de sus productos. En todos estos casos, existe un interés en forma de beneficio directo o indirecto al extenderse sobre un mercado o consolidarse en él. En nuestro caso, ni rastro de tal posibilidad, porque ni en ese mercado Gas Natural compite, ni en ninguno de los mercados conexos.

(...)

En nuestro caso, insistimos, ni rastro de beneficio ni de interés en ese mercado conexo de instaladores: ni estamos en él, ni competimos, ni nos beneficiamos. Existe por nuestra parte un AIndiferente Económico@ que hace que la neutralidad, imparcialidad y objetividad sean elementos naturales y consustanciales a nuestra actitud y conducta. Ni nos beneficia ni nos perjudica que sean unos u otros los instaladores. Basta que compitan y que hagan así, mientras más mejor, lo más rápidamente posible las instalaciones, porque nuestro único negocio real es el del suministro de gas y por tanto lo único que nos interesa es que se hagan cuanto antes las instalaciones, y, para ello, mientras más empresas deseen llevar a los hogares las instalaciones, mejor para nosotros, esto es, nos beneficia directamente la competencia y nos perjudica la discriminación. No existe ningún incentivo, ningún estímulo, para que deneguemos el acceso al mercado a ningún instalador

Para que se condene por abuso de posición dominante en un mercado adjunto, tiene que lograrse probar que de tal abuso colateral ha obtenido el dominador un beneficio claro.

Ha quedado además probado, y así lo reconoce expresamente el Servicio de Defensa de la Competencia, que los consumidores no han sufrido perjuicio alguno.

Gas Natural Castilla y León obtuvo la pertinente concesión administrativa para la canalización e instalación de las canalizaciones receptoras comunitarias.

Podíamos, evidentemente, haber realizado tales canalizaciones por nuestros propios medios. Nada nos obligaba, al ser adjudicatarias de una concesión integral, a que otros, terceros, realizaran las obras de canalización.

Y sin embargo lo hicimos. Y lo hicimos mediante un concurso público al que podían presentarse quienes dispusieran de los medios oportunos. En aquél momento, desde luego la denunciante no disponía de tales medios. La canalización principal, esto es la que se realiza desde la tubería principal hasta la entrada en la comunidad de propietarios es una infraestructura. Y como tal exige los medios técnicos más adecuados.

Luego, la instalación comunitaria, la que va desde esa tubería hasta la entrada en el domicilio, fue la que se otorgó mediante concurso también a las empresas con medios apropiados. Mediante concurso público con criterios objetivos.

Y, este es el motivo de la denuncia, desde esa entrada en la comunidad hasta la vivienda se realiza la instalación individual.

Pues bien, en esta última, que es el motivo insistimos del expediente, sí ha participado la denunciante. Y, junto con ellas, otras que actúan en los mercados de instalación. El mercado funciona de una manera natural. Si quien ha colocado los andamios, realizado las obras, por su cuenta, se presenta ante las comunidades de propietarios, es lógico que ellos, por su cuenta, tengan presencia cercana ante las comunidades. Y en esto, Gas Natural, que para nada compite ni se beneficia en absoluto de ese mercado, permanece totalmente indiferente.

El cuadro que presenta el Servicio en su Informe- Propuesta, además de indicar que el 40% del mercado fue realizado por otras empresas instaladoras incluida la propia denunciante tampoco es en sí mismo relevante. Tendría que venir acompañado de otros dos cuadros más. El primero, debería indicar que existe una correlación exacta entre el porcentaje de instalaciones individuales y el de instalaciones receptoras

comunitarias. Y ese cuadro no existe. Y el segundo cuadro, debería correlacionar con exactitud esas instalaciones individuales con las calles de las comunidades de propietarios que realizaron las dos empresas supuestamente beneficiarias -nunca se sabrá por qué- de Gas Natural.

Ha quedado acreditado que GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN abrió un concurso para la realización de las instalaciones. Participaron numerosas empresas y hubo numerosos adjudicatarios. Y las bases del concurso fueron las normales, nadie las impugnó y logró establecer un sistema abierto de acceso al mercado de instalaciones en condiciones objetivas.

Ha quedado probado que GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN no compite en el mercado de las instalaciones por lo que no se beneficia en absoluto, carece del más mínimo interés en excluir a nadie y no puede abusar. El beneficio sería para la totalidad de las instaladoras, todas empresas independientes que puedan realizar las correspondientes instalaciones, incluida la propia CONTINENTAL DE GAS.

Del primero de los cuadros que se aportó ha quedado claro que existen instaladores que tiene mayor volumen precisamente por estar situados y activos en territorios mucho más amplios que la ciudad de Ponferrada. Así OSCAGAS.

En el listado del anexo número dos, que se aportó en el período probatorio y que con toda claridad establece la relación entre las empresas, su cuota, su cifra de negocio, localidad, número de trabajadores y número de dependencias, se muestra que la cuota de instalaciones realizadas es congruente y tiene una completa consistencia con la entidad económica de cada instalador. Es decir han actuado de una manera lógica y normal en el mercado. Sería incongruente y contradictorio que las empresas que disponen de mayor organización tuvieran una menor cuota de mercado. Nótese que en el caso de CONTINENTAL DE GAS no aparece ni siquiera un trabajador que haya podido acreditar que trabaja en esa empresa y que sus cuentas anuales están sin presentar desde 1997. Y nótese también como la empresa MAROTE, S.L. sube notablemente su volumen y cuota de negocio de 1999 a 2000.

El Servicio de Defensa de la Competencia parece que quería demostrar, sin explicar jamás la causa, que GAS NATURAL CASTILLA Y LEÓN quería beneficiar a GAS DEL VALLE y a GAS BIERZO. Pero las tablas y cuadros aportados indican que dicha situación no es cierta, que su cifra de negocio y cuota se corresponde con su capacidad de organización, que no existe ninguna causa ni aparente ni disimulada por la que supuestamente

GAS NATURAL DE CASTILLA Y LEÓN hubiera querido favorecerlas, ni por último hay que olvidar el notable aumento de MAROTE, S.L. la cual crece precisamente a partir de la llegada del gas.

Ni hubo discriminación negativa en contra de Continental de Gas y Calefacción, ni tampoco hubo discriminación positiva a favor de ninguna empresa.

6. La posición de dominio:

Frente a estos razonamientos de la imputada, el Tribunal considera que los argumentos esgrimidos por el Servicio son los correctos. En relación con estos argumentos del Servicio el Tribunal estima, en primer lugar, que se da el requisito necesario para la aplicación del art. 6; a saber, la existencia de una posición de dominio.

En este sentido, la situación es idéntica a la del Expte. 482/00 Gas Natural Castilla y León, en el que el Tribunal acudió a la doctrina de los mercados conexos, que pone de relieve cómo la situación de dominio en un determinado mercado puede proyectarse sobre otros que se encuentran íntimamente relacionados, siendo una interpretación jurídica del hecho de que la posición de dominio que ostenta una empresa en un mercado puede traducirse en un dominio de otro en el que la presencia de esa empresa es, cuantitativa o cualitativamente, diferente. En este sentido debe mencionarse la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia, de 14 de noviembre de 1996, al Asunto C-333/94 P Tetra Pak Internacional contra Comisión en la que se rechaza la alegación cuarta de Tetra Pak relativa a la extensión abusiva del concepto de mercado dominado. En concreto el Tribunal señala:

"23. En su argumentación, Tetra Pak se refiere, en particular al hecho de que el Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia anterior, examinara siempre o bien abusos producidos en el mercado dominado y cuyos efectos se dejaban sentir en otro mercado, o bien abusos cometidos en un mercado en el que la empresa no ocupaba una posición dominante, pero que reforzaban su posición en el mercado dominado.

24. Procede comenzar por subrayar que no cabe impugnar la apreciación que efectuó el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 113 de la sentencia recurrida, según la cual el artículo 86 no contiene ninguna indicación explícita sobre exigencias relativas a la localización del abuso en el mercado de los productos. Dicho tribunal podía por tanto legítimamente afirmar, como hizo en el apartado 115 de la sentencia

recurrida, que el ámbito de aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, que demuestren que la competencia está debilitada.

25. A este respecto, la jurisprudencia que citó el Tribunal de Primera Instancia es pertinente. Las sentencias de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents Corporation/Comisión (asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223), y de 3 de octubre de 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261), proporcionan ejemplos de abusos que producen efectos en mercados distintos de los mercados dominados. En las sentencias de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión (C-62/86, Rec. p. I-3359), y de 1 de abril de 1993, BPB Industries British Gypsum/Comisión (T-65/89, Rec. p. II-389), el Juez comunitario calificó de abusivos ciertos comportamientos producidos en mercados distintos de los mercados dominados y que repercutían en estos últimos. El Tribunal de Primera Instancia dedujo pues legítimamente de dicha jurisprudencia, en el apartado 116 de la sentencia recurrida, que no cabía acoger las alegaciones de la demandante en el sentido de que el Juez comunitario había excluido toda posibilidad de aplicar el artículo 86 a un acto cometido por una empresa en posición dominante en un mercado distinto del mercado dominado.

27. Es cierto que la aplicación del artículo 86 presupone la existencia de un vínculo entre la posición dominante y el comportamiento supuestamente abusivo, vínculo que normalmente no existe cuando un comportamiento en un mercado distinto del mercado dominado produce efectos en ese mismo mercado. Cuando se trata de mercados distintos, pero conexos, como ocurre en el caso de autos, sólo la existencia de circunstancias especiales puede justificar la aplicación del artículo 86 a un comportamiento que se desarrolla en un mercado conexo, no dominado, y que tiene repercusiones en ese mismo mercado".

El Tribunal considera finalmente, por todo ello, que Gas Natural Castilla y León ostenta posición de dominio, por lo que se da la condición necesaria para la aplicación del art. 6.

7. La práctica abusiva:

El Servicio considera que la práctica es abusiva no solo por el aspecto engañoso de la oferta sino también porque con su actuación pretendía

también la eliminación de los posibles competidores por medios desleales, lo cual ha quedado subsumido en el artículo 6 de la LDC.

Este elemento restrictivo de la competencia es obvio si tenemos en cuenta que durante un período de 20 años Gas Natural realizará, por sí o por medio de empresa autorizada, el mantenimiento y que con este contrato de ejecución Gas Natural obliga a la comunidad de propietarios a que sea Gas Natural la que le realice el servicio de mantenimiento durante esos 20 años, para los que se establece un canon anual.

Una empresa en posición de dominio debe -tal y como ha manifestado el TDC en numerosas ocasiones- tener una actuación cuidadosa para no incurrir en abuso, actuación que Gas Natural no ha tenido en cuenta, ya que ha llevado a cabo actuaciones tendentes a expulsar del mercado conexo del mantenimiento de instalaciones a los posibles competidores.

8. En definitiva, tal y como se ha razonado en los Fundamento de Derecho anterior, habiendo quedado acreditado que Gas Natural Castilla y León S.A. transgredió el artículo 6 de la LDC practicando una conducta contraria a la libre competencia, es preciso intimar a su autora para que cese en la realización de la misma y en lo sucesivo se abstenga de conductas semejantes a la anterior.

Producida una práctica prohibida por la LDC, la misma debe ser sancionada, y así el art. 10 de la LDC, en relación con el 46.2.d) de la misma, faculta al Tribunal para imponer multa a los agentes económicos que deliberadamente o por negligencia infrinjan lo dispuesto, entre otros preceptos, en el art. 6 de la LDC.

Teniendo en cuenta los criterios que se establecen en dicho artículo 10 para cuantificar la sanción, en especial la modalidad, duración de la campaña publicitaria desde octubre de 1998 en que fue lanzada hasta enero de 2002 en que seguía realizándose, la consideración exclusiva del municipio de Ponferrada donde se concentraron dichas prácticas, comparando la cuantía con la impuesta en el caso del expediente relacionado 482/00, Gas Natural Castilla y León cuyo mercado geográfico se refería a la ciudad de León y el efecto sobre los competidores efectivos o potenciales estima justo imponer una multa de 50.000 euros. Con esta cifra resulta una cuantía proporcionada a la gravedad y demás circunstancias de las conductas.

El Tribunal considera, por razones de ejemplaridad y para evitar confusión en todos estos aspectos respecto a la aplicación de la Ley, que hay que

difundir la presente Resolución. Así pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.5 de la LDC, el Tribunal ordena la publicación a costa de Gas Natural Castilla y León de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en un diario de información general que se publique en Ponferrada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia, por mayoría y con el voto particular discrepante que formula el Vocal Ponente de esta Resolución José Juan Franch Menéu

HA RESUELTO

1. Declarar la existencia de una conducta contraria al art. 6 LDC, de la que es responsable como autora Gas Natural de Castilla y León S.A., consistente en la realización desde una posición de dominio de una campaña publicitaria en la que vincula el mercado conexo de las instalaciones individuales y el mercado de las revisiones al mercado de las instalaciones receptoras comunitarias, provocando con ello la expulsión de sus competidores.
2. Imponer una multa de 50.000 euros a Gas Natural de Castilla y León S.A.
3. Intimar a Gas Natural de Castilla y León S.A. para que cese en tales prácticas.
4. Ordenar a Gas Natural de Castilla y León S.A. la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la Sección de Economía de un diario de información general que tenga difusión en Ponferrada. En caso de incumplimiento se le impondrá una multa coercitiva de 300 euros por cada día de retraso en la publicación.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que es definitiva en vía administrativa y que contra ella no cabe recurso administrativo alguno, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde la notificación de esta Resolución.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL VOCAL PONENTE JOSÉ JUAN FRANCH MENÉU EN LA RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE 540/02, GAS NATURAL

Lamento mucho disentir de la opinión mayoritaria del Tribunal, pero mi responsabilidad personal -acrecentada por la circunstancia de ser Ponente en este expediente sancionador- me obligan a ser coherente con mis convicciones y explicar por qué entiendo que las razones aportadas en los Fundamentos de Derecho respecto al fondo del asunto -así como los Hechos que se consideran probados- no contienen base ni fundamento suficiente para declarar que Gas Natural ha infringido el artículo 6 de la LDC y sancionar. Considero que -en mi opinión- se han cometido equivocaciones en la aplicación de la teoría y de la doctrina de los mercados conexos a las circunstancias del caso concreto, así como errores de diagnóstico y análisis de los mercados relevantes de producto que paso a exponer a continuación.

Lo primero que se debe decir es que para que la doctrina de los mercados conexos sea aplicable deben concurrir necesariamente tres requisitos: 1) tener posición de dominio en un mercado, 2) usar de ese poder, aunque haya sido adquirido por méritos propios y de forma totalmente legal, para perjudicar la competencia, ganar una ventaja competitiva o eliminar la competencia en un mercado distinto y 3) que dicha conducta provoque un daño efectivo. Aunque basta con que falte uno para que no se pueda aplicar la doctrina, en mi opinión, en el presente caso no se cumplen ninguno de estos tres requisitos.

Si no hay posición de dominio en el mercado relevante no cabe aplicar la doctrina de los mercados conexos. Y la posición de dominio hay que explicarla y fundamentarla. Tanto en la legislación española como en la europea, los criterios que se deben seguir para determinar si se crea o refuerza una posición dominante al suponer un obstáculo significativo para la competencia efectiva no se limitan al cálculo de estrictas cuotas de mercado, sino que, a la hora de evaluar, se está obligado a tener en cuenta una serie de factores tales como la competencia efectiva actual o potencial de las empresas, la evolución del progreso técnico o económico previsible, el interés de los consumidores tanto en lo que respecta a los precios como en cuanto a calidad y (en este caso especialmente) como en seguridad de que no faltará el suministro, las barreras a la entrada de los competidores,...etc.

Considero en primer lugar que no se ha analizado ni mucho menos demostrado que Gas Natural ostentaba una posición de dominio en el mercado principal de suministro de energía para el servicio a los hogares de calefacción, agua caliente y otros servicios domésticos en Ponferrada en las fechas de autos ya que para establecer y demostrar la existencia de una posición de dominio se

deben definir primero los mercados relevantes de producto y geográfico. Si bien es evidente que el mercado geográfico está bien definido como el del municipio de Ponferrada, no es correcto en mi opinión definir el mercado de producto exclusivamente restringido al suministro de gas natural y a la distribución e instalaciones comunitarias e individuales -así como su mantenimiento- necesarias para hacer llegar el mismo a los hogares.

Hay que recordar que para definir el mercado relevante de producto se debe atender fundamentalmente a los requerimientos de la demanda final y por lo tanto a los productos que pueden ser sustituibles desde la perspectiva del consumidor final. Aplicado a este caso, es evidente que existían en las fechas en que se produce la imputación otros productos alternativos sustitutivos del gas natural desde la perspectiva del consumidor que eran utilizados con anterioridad para prestar el servicio a los hogares de Ponferrada. Baste pensar en la importancia del gasóleo de calefacción, el gas butano, el propano, el hilo radiante, o, también, más obsoleto, la leña o el carbón. De hecho el gas natural es un suministro energético que se debe considerar nuevo entrante en aquellas fechas cuando otras fuentes energéticas sustitutivas estaban ya asentadas.

Sólo desplegando la red de instalaciones necesarias para que el gas natural llegue a los hogares -y con la aquiescencia de las comunidades de vecinos y con los usuarios finales a los que había que ir convenciendo- se podía ir arrebatando algunas cotas de mercado a los suministros alternativos. Si bien Gas Natural había conseguido la concesión para el suministro y distribución del gas natural en Ponferrada, esa concesión quedaba vacía de contenido desde el principio si no se conseguía ganar -con una mejor relación calidad precio- a los clientes finales futuros que pudieran abandonar libremente anteriores fuentes de suministro para adherirse al nuevo sistema alternativo. Al principio, la cota de mercado de Gas Natural en Ponferrada era cero. Se iría -como así fue ocurriendo- incrementando en la medida que fuera consiguiendo convencer a los clientes últimos potenciales. No había mercado sino sólo mercado potencial, mercado posible futuro. En mi opinión, por lo tanto no existe posición de dominio de Gas Natural en el mercado principal cuando se denunciaron los hechos que se denuncian.

Por otra parte, Gas Natural no participó directamente -aunque podía haberlo hecho lícitamente- en el mercado de instalaciones comunitarias para hacer posible el suministro posterior de gas natural a las viviendas. La Comunidad Autónoma de Castilla y León estaba interesada en 1998 y por interés general en que se desplegara también en Ponferrada la red de infraestructuras que posibilitaran el acceso al gas natural a todos los ciudadanos residentes en aquel municipio con lo que se abría el mercado de otro producto energético compitiendo con las fuentes energéticas sustitutivas que hasta entonces eran

utilizadas masivamente. Para ello convocó un concurso y exigió lógicamente una serie de requisitos entre los que se encontraban los de garantía, calidad y seguridad de las instalaciones y de su mantenimiento así como la importancia, calidad, regularidad y precios competitivos de los suministros.

Gas Natural se presentó al concurso y lo consiguió comprometiéndose a una serie de requisitos especificados en su oferta y que han sido cumplidos en la mayoría de los casos tal y como ha quedado probado en el expediente. (En cualquier caso, la vigilancia del cumplimiento de los requisitos corresponde a los órganos competentes de la Junta de Castilla y León.) Para realizar las acometidas y aunque podía haber realizado ella misma todas las operaciones, convocó otro concurso público al que se presentaron distintas empresas instaladoras -entre ellas la denunciante que no consiguió ser aceptada- y se decidió a favor de determinadas empresas que entendió que cumplían mejor los requisitos exigidos. Téngase en cuenta que los acuerdos de subcontratación son considerados por el derecho de la competencia beneficiosos en la mayoría de los casos en tanto en cuanto son y fomentan la división del trabajo que interesa a las empresas de cualquier dimensión, aunque muy especialmente a las pequeñas y medianas empresas.

Con estas premisas no queda claro tampoco ni que tuviese posición de dominio en dicho mercado -en el que no participaba directamente sino sólo a través de otras colaboradoras y en el que otras muchas empresas instaladoras que se dedicaban con anterioridad a este tipo de instalaciones o similares estaban presentes-, ni que la publicidad lanzada por Gas Natural sea abusiva, por lo que tampoco tiene sentido condenar por el artículo 6. Entiendo que ese tipo de publicidad era lógica en el sentido que tenía que conseguir vencer la inercia y la aversión al cambio que toda comunidad de vecinos y todo usuario individual tiene respecto a las canalizaciones de fuentes energéticas ya existentes y consolidadas con anterioridad. En este sentido, hay que señalar que en la diligencia para mejor proveer ha quedado claro que a las comunidades de propietarios de Ponferrada que se han amparado en el derecho reconocido en la concesión administrativa y se les ha realizado la instalación receptora común, no se les ha cobrado cantidad alguna.

Además, considero que tiene razón la imputada al señalar que es necesario que exista un interés y beneficio directo o indirecto. Así, tal y como señala, es oportuno recordar las decisiones de la Comisión: Asunto Commercial Solvents de 1973 (competían en mercados conexos); Decisión 14 de diciembre de 1985 Azco, donde se trataba de eliminar a un competidor; Decisión BPB Industries de 5 de diciembre de 1988, beneficio discriminatorio a favor de compradores exclusivos de sus productos. En todos estos casos, efectivamente, existe un interés en forma de beneficio directo o indirecto al extenderse sobre un mercado

o consolidarse en él. También, por ejemplo, en la Resolución de este Tribunal de 5 de marzo de 2003, expte. 533/02 Empresas de Electricidad se decía: *la doctrina de los mercados conexos, que pone de relieve cómo la situación de dominio en un determinado mercado puede proyectarse sobre otros que se encuentran íntimamente relacionados, exige, como tiene declarado de modo reiterado la jurisprudencia comunitaria (Sentencia de 11-11-1986, British Leyland, de 6-4-1995, RadioTelefís Eireann, etc), y este Tribunal, ((Expte. 513/01 Tubogas/Repsol y expte.482/00 Gas Natural Castilla-León), o bien que la empresa dominante obtenga con su actuación algún beneficio, o que se den circunstancias especiales que puedan justificar la aplicación de la doctrina del abuso a un comportamiento que se desarrolla en un mercado conexo, no dominado.*

Sin embargo, en nuestro caso no existe ese beneficio porque en esos mercados conexos Gas Natural no compite ni se lucra económicamente. Lógicamente sólo le interesa que se incremente el número de clientes de gas natural al aumentar la red de infraestructuras y las instalaciones para poder suministrar más compitiendo con otras fuentes de energía que ya estaban asentadas. De acuerdo con distintas sentencias -algunas ya citadas también por la sancionada- la doctrina no sería aplicable en este caso porque el infractor debe tener presencia en ambos mercados conexos y Gas Natural no tiene ninguna participación en el mercado de las instalaciones comunitarias e individuales ni interés económico relevante. Su interés está en que se despliegue lo mejor posible y lo antes posible la red de infraestructuras para poder llegar al usuario final y quitar clientes a sus competidores en el mercado principal de suministro energético a los hogares. Tampoco se da en este caso, como exigiría la jurisprudencia citada, ningún beneficio para Gas Natural derivado del perjuicio que pudieran sufrir las empresas competidoras en el mercado conexo. Por otra parte, dichas sentencias establecen que la doctrina no se puede aplicar de forma indiscriminada. Es decir, considero probado que no compite directamente en el mercado de instalaciones comunitarias e individuales ni obtiene un beneficio.

Por otra parte considera la mayoría que se cierra el mercado durante 20 años. Pero ese mercado que se dice se cierra es el que se está creando y por lo tanto sólo se cerrará en alguna medida en aquellas comunidades de vecinos que vayan paulatinamente aceptando la oferta. Luego, en el total de comunidades de vecinos de Ponferrada no se cierra el mercado por 20 años hasta que no estuviesen instaladas todas las comunidades de todas las calles del municipio con gas natural sustituyendo a todo el resto de instalaciones alternativas ya contratadas, instaladas y asentadas por la costumbre y los hábitos anteriores. Incluso en aquellas comunidades de vecinos que se han decidido a instalar gas natural nadie puede asegurar que no vuelvan a cambiar a otros sistemas alternativos en el futuro o -lo que por otro lado ya está ocurriendo en muchos

lugares con las liberalizaciones de los sectores- puedan suministrar gas natural otras empresas también importantes en todo el contexto nacional distintas de Gas Natural. La actuación de la sancionada en Ponferrada, por lo tanto, la considero lógica, correcta y en beneficio del consumidor al ampliar las ofertas existentes e, incluso, de todos los instaladores de gas natural que operaban o pudieran operar en Ponferrada en el futuro. Si el gas natural triunfa en cuanto a su relación calidad-precio las empresas instaladoras y de mantenimiento que atendían otro tipo de instalaciones se irán diversificando y reorientando hacia las instalaciones emergentes de gas natural. Sancionar en este caso o en casos similares creo que puede perjudicar el desarrollo de la dinámica empresarial inversora e innovadora que intenta estar en vanguardia y trata de penetrar en mercados asentados en los distintos ámbitos de la actividad económica drenando con esas decisiones el beneficio del consumidor al ralentizar el proceso abierto de transformación y de destrucción creadora en los mercados libres.

En este sentido y por último es conveniente alertar de los riesgos que conlleva un uso indiscriminado y superficial de la teoría del abuso en los mercados conexos, ya que muchas veces pone en peligro la libertad competitiva de las grandes empresas por lo que debería imponerse, para evitarlo, un criterio restrictivo a la hora de interpretar la "conexidad" entre dos mercados. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha elaborado una clara doctrina al respecto que también ha seguido este Tribunal en numerosas ocasiones según la cual la posición de dominio de una empresa expresa su actitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, cualquier característica que afecte al bien o servicio de que se trate. Téngase en cuenta, además, que ante la dificultad de distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo, tanto la comisión Europea como el TJCE han venido utilizando el criterio de que la conducta para ser legítima debe tener una justificación objetiva. Y en este caso la conducta tiene una clara justificación objetiva y explicación económica en términos de competencia al luchar por hacer posible la entrada en un mercado, el de suministros energéticos a los hogares, en el que Gas Natural no estaba presente.

Por todo ello considero que ha quedado probada la ausencia de tipicidad de la conducta imputada ya que no se corresponde en este caso con la especificación legal del artículo 6, por lo que entiendo que lo que la mayoría ha decidido es una aplicación infundada de los "mercados conexos", careciendo este caso de los elementos necesarios para poder aplicar dicha construcción jurisprudencial.

Madrid, 17 de noviembre del año 2003.