



RESOLUCIÓN R735/08 DISTRIBUCION DE GAS/ALICANTE 2

CONSEJO

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

En Madrid, a 4 de mayo de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada al margen, y siendo Ponente la Consejera D^a Pilar Sánchez Núñez, ha dictado esta Resolución en el Recurso 735/08 (Expte nº 2595/05 del Servicio de Defensa de la Competencia, (en adelante el Servicio), que presenta GAS ALICANTE, S.A.U., GAS ARAGÓN, S.A. y ENDESA GAS DISTRIBUCIÓN, S.A. contra el Acuerdo de sobreseimiento dictado por la Dirección de Investigación de la CNC de 26 de marzo, por el que se acordaba el sobreseimiento parcial del expediente 2595/05, originada por denuncia de la Comisión Nacional de la Energía por posible infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, realizada por GAS NATURAL SDG.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 7 de marzo de 2005 la Comisión Nacional de la Energía (en adelante CNE) remitió al Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante el SDC, hoy la Dirección de Investigación) el "Informe sobre los escritos de denuncia de GAS ALICANTE, S.A.U. (en adelante GAS ALICANTE) contra GAS NATURAL SDG, S.A. (en adelante GAS NATURAL o GND) por la conexión a la red de distribución de gas natural en los términos municipales de Albatera y Elda (Alicante) (en lo sucesivo "el Informe)". En el Informe la CNE incluía además la descripción de otros conflictos de similar naturaleza denunciados por GAS ARAGÓN, S.A. (en adelante GAS ARAGÓN) y por MERIDIONAL DE GAS, S.A.U. (en adelante MERIDIONAL DE GAS).
2. El SDC inició la fase de información reservada y con fecha 10 de junio de 2005 remitió escritos solicitando información a GAS ALICANTE, S.A.U.; GAS ARAGÓN, S.A. y MERIDIONAL DE GAS, S.A.U. para que actualizaran el estado de los hechos denunciados ante la CNE y aportasen otra información referente al mercado afectado.



3. El 6 de octubre de 2005, a la vista del análisis de la información disponible el Servicio dicta Providencia acordando la incoación de oficio, poniéndolo en conocimiento de GAS ALICANTE, GAS ARAGON, MERIDIONAL DE GAS y GAS NATURAL.
4. El 11 de septiembre de 2006 se dicta ACUERDO de Sobreseimiento del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia.
5. El 26 de septiembre de 2006 GAS ALICANTE, GAS ARAGON y MERIDIONAL DE GAS, presentan recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, (en adelante el Tribunal) hoy Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) contra el anterior Acuerdo de Sobreseimiento del SDC. Tras ser admitido a trámite en el Tribunal con el número de expediente R697/06 DISTRIBUIDORAS DE GAS, se declaran interesados a GAS ALICANTE SAU, GAS ARAGÓN SAU, MERIDIONAL DE GAS SAU y GAS NATURAL SDG SA.
6. Habiéndose recibido alegaciones de todas las partes interesadas, el Consejo resolvió en sesión plenaria el 6 de septiembre de 2007, estimar el recurso de sobreseimiento e interesar del SDC la continuación del procedimiento con los actos de instrucción necesarios para concluir el esclarecimiento de los hechos.

En su resolución, el Consejo estimó que “el análisis sobre el posible abuso de posición de dominio de GAS NATURAL respecto a las negativas de acceso o al cambio de las condiciones del mismo debía realizarse sobre el mercado de acceso de las redes de distribución propiamente dichas, esto es, las que sirven para distribuir el gas natural a los consumidores finales domésticos y pequeños industriales, generalmente de 4 o menos bares de presión, al gasoducto o red de transporte de presión de 4 a 16 bares. Así analizado el mercado, y dados los elementos de integración vertical que persisten por la doble función transportadora y distribuidora de las redes de 16 bares propiedad de GAS NATURAL, este Consejo considera que deben analizarse los potenciales efectos anticompetitivos que pudieran derivarse de las negativas de acceso denunciadas.

Por ello considera que para una adecuada resolución del caso se debe evaluar por separado cada uno de los conflictos, ya que los antecedentes de la red, y la existencia o no de otras alternativas a la solicitada pueden plantear cuestiones distintas y provocar un pronunciamiento diferente por parte de las autoridades de competencia, en función de que se demuestre o no la existencia de posición de dominio y la existencia o no de justificación objetiva al comportamiento denunciado”.

7. Recibido en la Dirección de Investigación (en adelante la DI) la resolución estimatoria del Consejo, ésta procedió a solicitar información adicional a GAS NATURAL SDG, GAS ALICANTE, GAS ARAGON, MERIDIONAL DE GAS, Direcciones Generales de Energía de la Generalidad Valenciana, de la Junta de Andalucía y de la Xunta de Aragón y a la CNE el 9 de octubre de 2007.



8. GAS ALICANTE, GAS ARAGON y MERIDIONAL DE GAS, dieron respuesta a la solicitud de información el 30 de octubre de 2007. El 21 de noviembre de 2007 se recibió escrito complementario del anterior y el 31 de enero de 2008 GAS ALICANTE presentó nuevo escrito de alegaciones.
9. GAS NATURAL contestó el 5 de noviembre de 2007 al escrito de requerimiento de información de la DI.
10. El 14 de noviembre de 2007 se recibió el escrito de contestación de la Junta de Andalucía.
11. El 4 de diciembre de 2007 se recibió el escrito de contestación de la Generalidad Valenciana.
12. La CNE remitió un escrito de contestación parcial el 21 de diciembre de 2007, siendo recibido el escrito final el 15 de febrero de 2008.

La CNE en el informe que da lugar a la denuncia de las conductas aquí analizadas considera que “el criterio de racionalidad técnica y económica indicado en el artículo 12.1 del R.D. 1434/2002, en relación con la alimentación alternativa de las redes de distribución a partir de otra red de distribución de presión máxima de diseño superiores a 4 bares, “debe interpretarse en el sentido de que cuando la antena de distribución a 16 bares dispone de capacidad sin utilidad, y la red de transporte se encuentra alejada, el titular de la antena debe permitir la conexión de otros distribuidores a la misma, evitando de esta manera la duplicación innecesaria de estas antenas de conexión”. A la vista de estas declaraciones, la DI se dirige a la CNE para que “indique a qué distancia máxima ha de entenderse referido el término “alejada” para considerar que la red básica de transporte, que según el artículo 12.1 del RD 1434/2002 debe utilizarse “preferentemente” para conectar una red de distribución, no supone una primera elección viable frente a la alternativa de una antena de 16 bares. Le solicita también a la CNE que le indique en cual de los casos denunciados considera que la red básica de transporte se encontraba alejada.

La CNE, tras valorar las alternativas que existen en las zonas denunciadas, para el suministro a las zonas a gasificar, concluyó que todas las localidades donde se ha recurrido el sobreseimiento de la DI (es decir, las afectadas por el presente recurso) se califican como alejadas. Para la valoración la CNE ha comparado la longitud de red necesaria para la conexión a la red de transporte con la longitud necesaria para la conexión a la red de distribución.

13. El Gobierno de Aragón envió escrito de contestación el 22 de enero de 2008.
14. La DI realizó un nuevo requerimiento de información el 25 de enero de 2008.



15. El resultado de la investigación llevada a cabo por la DI lleva a ésta a dictar, el 26 de marzo de 2008, Acuerdo de sobreseimiento sobre doce de los catorce conflictos denunciados e investigados, y a imputar a GAS NATURAL por infracción del artículo 6.1. de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) en los otros dos conflictos, elevando Informe-Propuesta al Consejo de la CNC.
16. El 9 de abril de 2008 se recibe en el Consejo contestación del requerimiento de información solicitado por la DI a la Junta de Andalucía.
17. El 7 de abril de 2008 las empresas distribuidoras GAS ALICANTE, S.A.U., GAS ARAGÓN, S.A. y ENDESA GAS DISTRIBUCIÓN, S.A. interpusieron recurso ante el Consejo de la CNC contra el Acuerdo adoptado por la Dirección de Investigación de 26 de marzo por el que se acordaba el sobreseimiento parcial del expediente 2595/05. El recurso se plantea sobre un total de ocho conflictos. La denunciante ha renunciado a recurrir sobre los cuatro restantes. Así, los conflictos sobre los que el Consejo debe pronunciarse en esta resolución son los siguiente: Barbastro (Huesca), Andorra-Ariño (Teruel) y Sobradiel (Zaragoza) que afectarían a GAS ARAGÓN; Jijona (Alicante) (polígonos industriales de Segorbe y El Espartal), Almoradí (Alicante) y Callosa de Segura (Alicante) que afectarían a GAS ALICANTE; Jaén y Seseña (Toledo) que afectaría a MERIDIONAL DE GAS (ahora ENDESA GAS DISTRIBUCIÓN).
18. El 9 de abril de 2008 la DI emitió su informe al recurso, conforme a lo ordenado en el artículo 48.1 de la Ley 16/1989.
19. Admitido a trámite el recurso el Consejo dio trámite para alegaciones, siendo éste cumplido por GAS NATURAL el 27 de mayo de 2008 y por las recurrentes el 28 de mayo de 2008.
20. El 26 de junio de 2008 la recurrente presenta ante la CNC la resolución de la Generalitat Valenciana de 16 de junio de 2008 resolviendo el conflicto referido a Almoradí a favor de GAS ALICANTE, instando a GAS NATURAL a facilitar las condiciones del punto de conexión solicitadas.
21. El 26 de marzo de 2009 el Consejo de la CNC resolvió que la conducta de GAS NATURAL en los asuntos de Elda y Albaterra, en el expediente 638/08 suponía un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la LDC.
22. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolvió este expediente en su sesión plenaria del día 25 de marzo de 2009.
23. Son interesados:
 - GAS NATURAL SDG, SA
 - GAS ALICANTE, S.A.
 - ENDESA GAS DISTRIBUCIÓN, S.A. (MERIDIONAL DE GAS)



GAS ALICANTE, S.A.

FUNDAMENTOS DERECHO

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

SEGUNDO. El Consejo ha de resolver en el presente expediente el recurso presentado por GAS ALICANTE, GAS ARAGON y MERIDIONAL DE GAS contra el Acuerdo de archivo de la Dirección de Investigación de 26 de marzo de 2008 en el expediente 2595/05. Dicho Acuerdo concluye sobre un expediente que tiene su origen el recurso R697/06 Distribuidoras de Gas, estimado por el Consejo de la CNC, el 19 de septiembre de 2007. GAS ALICANTE, GAS ARAGÓN y MERIDIONAL DE GAS presentan recurso contra dicho Acuerdo, pues según su interpretación en aquellos conflictos en los que la CNE ha valorado que la alternativa de conexión a la red de GAS NATURAL estaba “alejada” deben ser valorados como instalaciones de carácter “esencial” para el desarrollo de su actividad y por lo tanto la conducta de GAS NATURAL supone un abuso de su posición de dominio, pues carecería de justificación objetiva. La recurrente sostiene que la DI ha reconocido la existencia de posición de dominio en seis conflictos (El Espartal, Almoradí, Andorra-Ariño, Barbastro y Seseña) y que la CNE ha establecido el carácter esencial de las instalaciones en dichos conflictos. En ese contexto considera la recurrente que la DI no ha analizado ni investigado si los hechos denunciados constituyen una lesión del artículo 6 de la LDC. Respecto a los dos conflictos en los que la DI concluye que no hay posición de dominio, la recurrente alega que si existe dicha posición, y que la DI no lo ha valorado adecuadamente.

TERCERO.- La denunciada presenta sus alegaciones en dos partes. En la primera alega sobre la forma de valorar los elementos del tipo infractor del abuso de posición de dominio, esto es, mercado relevante, posición de dominio y esencialidad de los activos, y alega sobre la anomalía regulatoria, que es la causa de estas denuncias. En la segunda parte alega sobre cada uno de los conflictos.

Alega que el Consejo de la CNC confunde las figuras y obligaciones de la antigua y la nueva legislación, lo que le lleva a una errónea definición de mercado relevante, definición sobre la que analiza la posición de dominio y su abuso aplicando la doctrina de las “instalaciones esenciales”.



Según el denunciado, el Consejo afirma que con la antigua Ley 10/1987 ENAGAS era un transportista obligado a suministrar a consumidores e industriales y también a distribuidores locales. El denunciado discrepa de esta valoración, pues sostiene que ni dicha Ley ni ninguna otra norma establecían esa obligación y que no es hasta la Ley 34/1988 que aparece la distinción entre actividades de transporte y distribución, pues antes sólo existían “concesiones para suministro”. En ese contexto ENAGAS era titular de numerosas concesiones de suministro para consumos industriales, por tanto no sería correcto afirmar que ENAGAS era un transportista en el sentido de la Ley 34/1998. En la antigua ley 10/1987 no tiene sentido hablar de distribución y transporte porque sólo la nueva Ley de liberalización 34/1998 permite el Acceso de Tercero a la Red. Por tanto las actuales redes de distribución objeto de antiguas concesiones de suministro a ENAGAS nunca han sido “transporte” porque éste como tal no existía.

Los contratos que ENAGAS firmó con las distribuidoras, sigue alegando, eran de compraventa de gas, y ésta trataba a las distribuidoras como a un cliente más.

“La lógica de esa actuación descansaba en que sus ingresos venían determinados por la venta de gas natural, no por su retribución como titular de instalaciones de distribución, por lo que la mayor venta suponía un mayor ingreso para ENAGAS. La red era ejecutada por el distribuidor entonces como una actividad accesoria a la venta de gas. Con la nueva Ley, por el contrario, el distribuidor es retribuido por el capital invertido en construir, ampliar y conservar la red.”

Todas las concesiones de suministro se transformaron en autorizaciones de distribución (DA 6ª Ley 34/1998) y las obligaciones de sus titulares son las que resultan de la Ley”

El Consejo habría construido así una diferenciación funcional de redes sobre la que basa su definición, no compartida por el denunciado:

“Esa diferenciación distingue entre redes de distribución que tienen como objeto conducir el gas al consumidor final y otras que además tienen como función “servir de conexiones a redes de distribución”, concluyendo que “esta dualidad de funciones concentradas sobre una misma infraestructura, aparentemente no pretendida por el legislador, pero de facto consentida, es lo que posibilita que se pueda producir comportamientos contrarios a la competencia por parte de quien posee una estructura dual” (Resolución 19 de septiembre 2007 Pág. 7 primer párrafo). Dejamos de lado ahora el carácter difuso de tal definición: nótese que toda red de distribución puede cumplir esas dos funciones, salvo los ramales que conectan a un único consumidor”.

Respecto a cómo trata la regulación actual el tema de fondo de los conflictos objeto de estos expedientes, el denunciado considera que el distribuidor que disfruta de una autorización administrativa debe construir los elementos de red que estime necesarios y que la ley no establece ninguna obligación de construir redes para



atender zonas de distribuidores alejadas y sólo el RD 1434/2002 de 27 de diciembre creó en su artículo 12 la obligación del Acceso de Terceros a la Red para que unos distribuidores se conectasen a la red de distribución de otros.

Dice GN que *“Se trata de una obligación no recogida en la Ley y que constituye una extraña anomalía en el régimen de distribución de gas, especialmente en el económico como apuntamos posteriormente”*.

GN sostiene que el régimen económico de la actividad de distribución se encuentra en un “contexto de irracionalidad económica” pues la retribución por distribución se fija anualmente en el BOE y se calcula sobre la base de aumentar el número de clientes finales conectados a sus redes y el incremento del consumo por los consumidores conectados a sus redes. En concepto de peajes, cánones o tarifas, la CNE le liquida anualmente la retribución fijada en el BOE.

Sostiene GN que: *“Lo importante para el caso presente es comprender que la conexión de un distribuidor tercero a la red de otro no comporta ningún incremento de retribución de este último - antes bien, por el contrario, le resta parte de su rentabilidad esperada en el área de influencia del recorrido de sus instalaciones, las cuales fueron diseñadas inicialmente en la confianza de poder obtener una rentabilidad lo más razonable posible a sus inversiones en la zona en la que es distribuidor-. Es decir, que el distribuidor al que se le conectan en cascada otros distribuidores debe ceder parte de la capacidad construida gratuitamente, y no recibe el pago de canon, peaje, tarifa ni incremento de retribución alguna. (El distribuidor aguas arriba únicamente tiene derecho al cobro del coste de las instalaciones que físicamente permitan la conexión que, naturalmente, no guarda relación con el uso de la red propia”*).

Naturalmente esta anomalía regulatoria, fruto de haber introducido en el sistema gasista el artículo 12 del RD 1434/2002 sin pesar en sus consecuencias económicas, no es un problema que esta Comisión deba resolver. Lo importante es tener presente esta realidad económica para comprender que la definición de mercado adelantada por este Consejo y la supuesta posición de dominio de GND conducen a consecuencias que no pueden ser queridas por una Autoridad de Competencia”.

En tercer y último lugar, alega GN, que el Consejo ha acudido a la doctrina de las “instalaciones esenciales” y señala que no pueden confundirse obligaciones regulatorias del Art.12 del RD 1434/2002 con la doctrina del rechazo a contratar, pues la primera es una infracción sectorial que debe ser dirimida ante las autoridades correspondientes y que no ha habido procedimiento sancionador. La segunda es de carácter más restrictivo pues *“forzar a un operador a negociar con tercero –y más aun de forma gratuita- es una situación que con razón todas las autoridades de competencia rechazan realizar sin muy buenos motivos para ello”*.

Sostienen que en el caso presente no concurren los límites establecidos en la sentencia TJCE de 26 de noviembre de 1998 (Oscar Bronner GmbH) pues,



- (1) *“Al no haber competencia entre zonas de distribución no existe una situación de competencia que la conducta denunciada pueda hacer desaparecer.*
- (2) *El rechazo a conceder el uso de un derecho exclusivo incluso si existe posición de dominio, no es un abuso de posición de dominio salvo en casos excepcionales. Según GN pasar de la interpretación de una norma sectorial a la aplicación de esta doctrina exige cierto nivel de justificación de la excepcionalidad que no existe en este caso.*
- (3) *“El resultado de la aplicación de esta doctrina no puede ser el uso gratuito del activo, sino su contratación obligatoria a precios de mercado que no desincentive la inversión, cobro de un precio de mercado que por las anomalías regulatorias antes señaladas no es posible en este caso. De otra manera, se estaría incentivando el abuso irracional y antieconómico contra el que siempre se advierte al definir esta doctrina”. ... “Al haber podido observar la conducta de las Distribuidoras de Endesa en todos los diversos casos que forman este expediente, esta Comisión puede fácilmente comprender que esta compañía no realiza ninguna clase de evaluación de distancias, costes, dificultades o eficiencias económicas, como la Dirección de Investigación ha realizado, sino que simplemente solicita el acceso siempre al punto donde le resulta más cómodo. La lógica económica es evidente, ¿Si el uso es gratuito porque razón no reclamarlo? Las Distribuidoras de Endesa se aprovechan de una anomalía regulatoria para abusar de las inversiones ajenas en un ejercicio de free-riding digno de ser ejemplo de manual”.*

CUARTO.- Las alegaciones de la recurrente se estructuran en dos partes, la primera de ellas es de carácter general, para pasar después a alegar individualmente sobre cada uno de los conflictos. Comienzan su alegación de carácter general resaltando la importancia de caracterizar las redes objeto de conflicto, las de 4 a 16 bares de presión, como redes duales en cuanto a su doble funcionalidad, de distribución de gas hasta el consumidor final y de conexión para unas redes de distribución a otras. Insisten en la caracterización de estas infraestructuras como instalaciones esenciales, y como la escisión de activos de ENAGAS y GAS NATURAL ha provocado que dichas instalaciones estén ahora controladas por GAS NATURAL, quien negando el acceso o dificultando el mismo estaría dificultando la actividad de la recurrente, distorsionando las condiciones de competencia en el mercado. Comparten la definición de mercado relevante como el de acceso a estas redes. Contra el sobreseimiento dictado por la DI consideran:

“que debería haberse realizado por la DI una instrucción más profunda toda vez que en este mercado el hecho de que Gas Natural deniegue o limite el acceso a la conexión a sus redes por las Distribuidoras afecta directamente a la competencia, a pesar de que tal comportamiento ajustado a Derecho redujese la capacidad de Gas Natural en sus redes en contra de sus intereses o futuras necesidades, como así reconoció Gas Natural al afirmar que:



“esto significa que el incremento de la retribución corresponde necesariamente al distribuidor al que se conecta al cliente final (distribuidor que es el que tiene aumento de ventas y de clientes), esto es, al distribuidor que está al final de la cadena, que en este caso son las distribuidoras del grupo ENDESA. El distribuidor aguas arriba ve como la mayor vehiculación de gas por sus tubos no se supone incremento retributivo alguno y que, además, en caso de desear incrementar el número de sus clientes en zonas propias, o el consumo existente, la capacidad ha sido ya ocupada por el distribuidor aguas abajo”. (Énfasis nuestro).

“En conclusión, analizados los comportamientos manifiestos de GAS NATURAL en el Expediente en el mercado relevante definido por el Consejo, puede observarse cómo se han distorsionado gravemente las condiciones de competencia en el mismo por GAS NATURAL, quién obstaculiza a las Distribuidoras en el mercado relevante definido, para evitar que compitan directamente con GAS NATURAL en el acceso a las redes de distribución en esas zonas de conflictos, produciendo así una distorsión lo suficientemente grave como para que se pueda considerar infringida la normativa de defensa de la competencia”.

Sobre el carácter esencial de estas instalaciones alega la recurrente que la CNE ha afirmado la necesidad de que estas sean las redes a las que corresponda conectar las redes de las Distribuidoras, de lo que se deriva su carácter “esencial” para el desarrollo de su actividad, como se desprende de los párrafos siguientes:

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

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

El artículo 12.1 del Real Decreto 1434/2002 permite que los distribuidores conecten las nuevas redes de distribución a un gasoducto de transporte o a una red de distribución ya existente de más de 4 bares, siempre que ésta posea capacidad para ello, y de acuerdo con criterio de racionalidad técnica y económica.

Este criterio de racionalidad técnica y económica debe interpretarse en el sentido de que cuando la antena de distribución a 16 bares dispone de capacidad sin utilidad, y la red básica de transporte se encuentra alejada, el titular de la antena debe permitir la conexión de otros distribuidores a la



misma, evitando de esa manera la duplicación innecesaria de estas antenas de conexión.

A este respecto, es de señalar que Gas Natural SDG es titular de la mayor parte de las antenas de distribución de 16, bar que fueron cedidos por su anterior propietario, el transportista ENAGAS, a raíz de la escisión parcial de activos que tuvo lugar entre ENAGAS y Gas Natural SDG en 1999". (Énfasis nuestro).

Y finalmente deben considerarse como elementos esenciales a la hora de valorar los conflictos: los retrasos injustificados al tramitar las solicitudes a las Distribuidoras y las limitaciones de capacidad no justificada, los incumplimientos de contratos previos con ENAGAS y si los nuevos proyectos tienen características de instalación esencial.

QUINTO.- Como ya se ha puesto de manifiesto, este recurso se presenta contra un acuerdo de sobreseimiento de la DI que afecta a una serie de conflictos entre GAS NATURAL y algunas distribuidoras del grupo ENDESA, y cuyo origen es común al expediente sancionador 638/08 GAS NATURAL 2, que dio lugar a la RCNC 638/08. ya citada. Para la resolución de estos conflictos el Consejo considera fundamental analizar el contexto en el que se producen, y su origen y la evolución, motivo al que dedicó íntegramente el FD Quinto de dicha resolución. Por idénticas razones se reproduce a continuación:

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

“La Ley 10/1987, de 15 de junio, establecía que los consumidores industriales, que requerían redes de gas de presión 16 bar, debían ser suministrados por ENAGAS, y los clientes domésticos por las distribuidoras que hubiesen obtenido la concesión administrativa de la zona en cuestión. Las concesiones administrativas se otorgaban con una dimensión municipal y las redes de distribución construidas a efecto de servir a clientes



domésticos y pequeñas industrias eran de 4 bar de presión. La empresa transportista ENAGAS era la titular de los gasoductos y de las redes de 16 bar para el suministro a los polígonos industriales, mientras que las demás redes eran construidas y operadas por cada distribuidor concesional. En este contexto ENAGAS estaba obligado al suministro a tarifa de ambos clientes, industriales y distribuidores. El desarrollo de infraestructura apoyado en esta legislación dio como resultado que cuando no había clientes industriales, los distribuidores se conectaban directamente a la red de transporte, pero cuando había clientes industriales podía ocurrir que los distribuidores estuvieran conectados no a la red principal del gasoducto sino a los ramales construidos a 16 bar para suministrar a los industriales.

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

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

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

Todos estos cambios, tanto normativos como estructurales que acontecieron en todo el sector energético español, promovían una desintegración vertical de las industrias de redes, con el objeto de apoyar y fomentar la liberalización de estos sectores. Así ENAGAS pasó a ostentar la titularidad de aquellas infraestructuras consideradas de transporte y almacenamiento (Red Básica de Transporte y Red de Transporte Secundario, según definiciones de la Ley 34/98 del Sector de Hidrocarburos), mientras que GAS NATURAL se hacía con las denominadas por la ley como Redes de Distribución. Sin embargo, esta desintegración vertical no afectó a ciertas redes de distribución, como es el caso de las heredadas por GAS NATURAL al haber en ellas una segunda diferenciación. Por un lado están las redes de distribución propiamente dichas, que son gasoductos construidos y desarrollados dentro de la propia población para llegar al consumidor final y



que no suelen operar a mas de 4 bar de presión, y por otro están los gasoductos con presión de diseño de 16 a 4 bar, y que según el Servicio, “a efectos de funcionalidad, son similares a los de transporte secundario, se conectan a los gasoductos de transporte primario o secundario y su objetivo es conducir el gas desde éstos hasta las proximidades de los núcleos de población”. La legislación define las redes de distribución como “los gasoductos con presión máxima de diseño igual o inferior a 16 bar y aquellos otros que, con independencia de su presión máxima de diseño, tengan por objeto conducir el gas a un único consumidor partiendo de un gasoducto de la Red Básica o de transporte secundario”.

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

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

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



Hay que señalar que esta situación se produce en zonas muy concretas, donde los cambios antes descritos han dado como resultado que donde existía un distribuidor autorizado para desarrollar las redes de distribución en monopolio, aparezca ahora un agente nuevo que hereda una infraestructura a la que estaba conectado (o en situación de estarlo) el distribuidor autorizado para ese territorio, pero a su vez éste nuevo agente en la zona tiene también conectadas (o puede tener en un futuro) redes de distribución para operar en zonas autorizadas próximas o colindantes con las del otro distribuidor. En estas zonas es donde se están presentando conflictos, y ello porque en estas zonas concretas puede haber competencia entre los distribuidores. En ciertas zonas esta infraestructura heredada por GAS NATURAL rodea completamente a las redes de distribución del operador de la zona, por lo que la conexión a dicha infraestructura es la única opción posible, en otros casos resulta ser la opción mas económica, y por ello en ciertas zonas esta infraestructura reúne las condiciones de esencial”.

SEXTO.- En la presente resolución el Consejo de la CNC debe pronunciarse sobre si hay indicios de abuso de posición de dominio en los casos investigados por la DI y sobreseídos, en cuyo caso correspondería la estimación. La definición del mercado relevante es por tanto la primera de las cuestiones a dilucidar, y las alegaciones que GAS NATURAL ha presentado en este expediente son las mismas que presentó ante el 638/08 GAS NATURAL 2. Por consiguiente, el Consejo de la CNC en idéntico tipo de conducta y sector ya ha deliberado y fallado sobre el mercado relevante, dando a su vez respuesta a las mismas alegaciones que se presentan ahora en este expediente. Por ello, basta con reproducir a continuación el contenido del FD Sexto de la citada resolución RCNC 638/08, como a continuación se realiza:

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



condiciones de caudal y presión superiores a las de los consumidores domésticos) como conexiones a distribuidores que desarrollan luego su propia red”.

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

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

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



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

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

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

SÉPTIMO.- El denunciado alega que la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos no imponía el acceso a las redes de 4 a 16 bares, que no existen incentivos económicos al acceso, sino todo lo contrario, pues las conexiones de terceros a estas infraestructuras merman las posibilidades de negocio del titular de la infraestructura, ya que el uso de parte de la capacidad del gasoducto es excluyente, que dicho acceso no está remunerado sino que debe ser gratuito (solo se le reconoce la inversión en los activos para la conexión, pero no hay ninguna remuneración por el acceso); y que es el RD 1434/2002 el que incluye esta nueva



obligatoriedad, provocando una “anormalidad regulatoria”, pues hace que esta actividad se desarrolle en un “contexto de irracionalidad económica”.

El Consejo de la CNC considera que el acceso de otros distribuidores a sus redes de distribución de 4 a 16 bares está contemplado en la Ley 34/1998. De hecho, el Acceso de Terceros a la Red es una de las figuras básicas que el legislador introdujo en dicha norma, más específicamente el artículo 74 de dicha Ley, que regula las “*Obligaciones de los distribuidores de gas natural*”, establece en la letra b) que, será obligación del distribuidor: “*Cumplir las instrucciones que dicte el gestor técnico del sistema y en su caso, la Administración competente en relación con el acceso de terceros a sus redes de distribución.*” Así pues, el artículo 12 del RD 1434/2002 que regula el acceso a las redes de 4 a 16 bares ha sido introducido por la Administración competente en el necesario desarrollo reglamentario de la Ley 34/1998 con el objeto de servir al fin último de esta Ley, que no es otro que la introducción de competencia en aquellas actividades de la cadena de aprovisionamiento, transporte, distribución y suministro de gas natural a los consumidores susceptibles de operar en un régimen de competencia. En el caso concreto del presente expediente, la regulación del acceso a las redes de 4 a 16 pretende tomar precauciones adicionales frente a las situaciones de integración vertical funcional, para prevenir posibles cierres de mercado.

Tampoco puede el Consejo estar de acuerdo con que el artículo 12 del RD 1434/2002 sea una “anomalía regulatoria”, pues el objeto del mismo no es otro que favorecer la competencia en el mercado final, aguas abajo, del suministro de gas natural a los consumidores finales. La norma pretende que un determinado distribuidor no vea imposibilitada su actividad comercial en la zona como consecuencia de que su competidor está integrado verticalmente al disponer de la infraestructura necesaria para el desarrollo de dicha actividad, la del desarrollo de redes de distribución final, que conectan físicamente con el consumidor, dando por tanto acceso al suministro a tarifa y facilitando el acceso al suministro en el mercado libre. El Consejo no entra a valorar si la regulación en materia de remuneración a la distribución es o no deficiente, aunque sea sensible a que de ser así ello causaría un efecto negativo en los incentivos al desarrollo de nuevas redes, con el consiguiente efecto contraproducente que sería la falta de desarrollo de nuevas infraestructuras. Ahora bien, si efectivamente la remuneración de la actividad de distribución no está alineada con los objetivos que pretende el regulador, los que así lo consideran deberían hacer valer dichos desacuerdos ante las autoridades correspondientes, pero en ningún caso puede este argumento presentarse como justificación objetiva de una conducta cuyos efectos pueden ser la distorsión de la competencia en el mercado del suministro de gas natural a los clientes finales.

Por otra parte, hay que señalar que la mayoría de los conflictos afectan a redes construidas por ENAGAS bajo una estrategia comercial cuya rentabilidad se basaba en vender gas al distribuidor que se conecta a la red. Y ese distribuidor sí tomó en su día, antes de 2002, unas decisiones de inversión (solicitud de concesión administrativa y desarrollo de la red local) en base a la conexión pactada



en unas determinadas condiciones, condiciones cuyo operativa en algunos casos GN podría estar dificultando, impidiendo el suministro, y obstaculizando la labor de un competidor. La conducta de GAS NATURAL habría tenido, como así se demostró en alguno de los conflictos (RCNC 638/08), un efecto de distorsión de la competencia cuyos principales afectados fueron los consumidores finales. El argumento de GAS NATURAL respecto a sus incentivos en el desarrollo de nuevas infraestructura pierde contenido en los casos en los que el conflicto surge sobre una red heredada y con compromisos con el distribuidor, con el que compite, realizados antes de la escisión de activos.

En el caso de que la conexión se realice sobre nuevas redes, el argumento desarrollado por GAS NATURAL es uno de los que este Consejo debe valorar en expedientes como el presente, pero no es el único, pues no debe olvidar el denunciado, que una negativa sobre nuevas redes puede expulsar a competidores que teniendo ya autorizaciones de distribución en ciertas localidades, éstas no sean, al menos de momento, de suficiente entidad como para justificar una inversión propia en redes. En estos casos, la figura del acceso les permite comenzar su actividad comercial en la zona y alcanzar una entidad suficiente como para desarrollar en una fase siguiente su propia infraestructura, con lo que se habría conseguido finalmente disponer de dos oferentes en zonas, como mínimo próximas, que faciliten una competencia referencial que no existiría en otro caso. Por lo tanto, entiende el Consejo que cada conflicto debe ser analizado independientemente, valorando las situaciones concretas de cada uno de ellos, como ya ha hecho en el expediente 638/08 y procede a realizar en el caso presente.

Por otro lado, el Consejo considera que el regulador ya ha tenido en cuenta la afectación de las posibilidades de negocio del titular de la instalación, pues no hay que olvidar que el acceso requiere que exista capacidad disponible para el mismo, según el Art.12.1 del RD 1434/2002: “..., siempre que ésta [la red] disponga de suficiente capacidad de suministro,...”. Es decir, implícitamente el legislador es consciente de la rivalidad de uso de esta infraestructura, y que el derecho de acceso de terceros no puede repercutir negativamente al titular de la infraestructura.

El Consejo ha entendido que el acceso de las redes de 4 a las redes de 4 a 16 puede ser un input necesario para poder realizar su actividad última, que es la distribución. Ciertamente no hay competencia en cada una de las áreas en las que un distribuidor tiene autorización para construir otra red, pues en cada zona sólo hay una red, pero hay competencia, como se ha visto “por el mercado”. En el momento en que la negativa de acceso a la red “excluye” a esa empresa de poder prestar el servicio de distribución, quedan los potenciales clientes a merced de un único oferente, en este caso GAS NATURAL.

OCTAVO.- La tercera de las alegaciones generales presentadas por la denunciada se centra en negar la existencia de las condiciones requeridas por la jurisprudencia para aplicar la doctrina de las instalaciones esenciales. En su opinión no existe una



situación de competencia que la conducta denunciada pueda hacer desaparecer en caso de negativa a suministrar un bien o servicio esencial, pues no hay competencia entre zonas de distribución; una negativa de suministro incluso realizada en posición de dominio no tienen porque ser constitutiva de abuso; y el resultado de la aplicación de esta doctrina no puede ser el uso gratuito del activo, sino su contratación a precios de mercado que no desincentive la inversión, lo que no puede hacerse por la existencia de anomalías regulatorias.

El Consejo no ve en estas alegaciones que el denunciado haya desvirtuado motivadamente la falta de concurrencia de los requisitos establecidos en la doctrina citada, pues por un lado estos no han sido analizados uno por uno, y por otros los requisitos deben ser analizados no de forma abstracta sino aplicados a cada uno de los conflictos objeto de este recurso, lo que el Consejo realizara en el FD DÉCIMO de la presente Resolución. La doctrina en materia de instalaciones esenciales (*Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de noviembre de 1998.- Oscar Bronner contra Mediaprint Zeitungs*) establece un test en el que deben concurrir todos los requisitos necesarios para concluir sobre un abuso de posición de dominio cuando se trate de una negativa de suministro a un bien esencial para competir en el mercado. Estos requisitos adaptados al presente caso deben ser: (1) que el titular de la instalación susceptible de dar acceso de terceros esté en posición de dominio (*párrafo 36 de la sentencia citada*) y (2) que el acceso a la instalación sea esencial para competir en el mercado afectado (*párrafos 37 y 38*), por lo que su negativa eliminaría la competencia en el mismo. Esta segunda parte requiere para su valoración que el activo no pueda ser replicado en condiciones económicamente racionales, que el acceso a la instalación sea factible y que la falta de acceso distorsione las condiciones de competencia en el mercado.

NOVENO.- Por su parte, la recurrente considera con carácter general que el carácter esencial de las instalaciones objeto de los conflictos aquí analizados ya ha sido establecido por la CNE, y que sobre esa base la DI debería haber continuado su análisis.

El Consejo de la CNC estima que la recurrente confunde el carácter del informe de la CNE cuando interpreta que la CNE ya ha declarado la esencialidad de las instalaciones objeto de los conflictos aquí analizados. En primer lugar dicho informe no concluye en ningún momento sobre el carácter esencial o no de las instalaciones, sino que realiza una valoración técnica comparando dos distancias, la que existe entre el punto de entrega solicitado y el punto de conexión a la red de ENAGAS y la que existe entre el punto de entrega solicitado y el punto de conexión a la red de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN. La diferencia entre esas dos distancias (dado que la conexión a ENAGAS supone, en general, más distancia) es lo que la CNE denomina "*longitud adicional necesaria para conectarse a la red de transporte*". Cuando ésta supera los 3 Km., la CNE lo valora como "Alejado", teniendo en cuenta el coste económico de cada Km. adicional. Recuerda también la CNE que la aplicación del artículo 12.1 del RD 1434/2002 requiere que la red disponga de capacidad sin utilizar.



En segundo lugar, corresponde a la CNC pronunciarse sobre el carácter esencial o no de una instalación en aras a fundamentar su valoración sobre la existencia o no de un abuso de posición de dominio, tal y como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de diciembre de 2008, en el F.D. Segundo: *“el regulador está habilitado para apreciar que una conducta tiene o puede tener efectos adversos a la competencia, pero no le corresponde declarar formalmente una infracción de los tipos definidos por la Ley de Defensa de la Competencia, lo que sólo corresponde a los órganos de defensa de la competencia”* y ello porque las delimitaciones realizadas por el regulador sectorial, en ese caso el regulador de telecomunicaciones, dice el TS que *“en modo alguno podría ser vinculante para la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia competente para apreciar las infracciones previstas en la Ley de Defensa de la Competencia”*.

Y en tercer lugar, el informe de la CNE tiene por objeto valorar, según sus elementos de juicio e información disponible, la mayor o menor distancia entre las opciones disponibles, como ha sido hecho, para contribuir a objetivar el juicio que la CNC debe formarse en este expediente, pero no es el informe CNE el único elemento con el que cuenta la CNC, como lo demuestra el caso concreto del Conflicto de Sobradriel (Zaragoza). En este conflicto, el informe de la CNC valora que el acceso a la red del transportista es alejado, pues la longitud adicional (único criterio valorado) por conectarse a ella es de unos 15,5 Km. Sin embargo, la realidad que consta en el expediente es que GAS ARAGÓN (ENDESA) ha decidido solicitar dicha conexión y ponerla en marcha, lo que demuestra que para GAS ARAGÓN la red de GAS NATURAL en esa zona no resulta esencial.

Y ello porque obviamente GAS ARAGÓN no sólo puede disponer de información adicional a la de la CNE, sino que valora sus decisiones de inversión en un marco mucho más amplio, tanto geográfica como temporalmente, y por tanto le pueden llevar a tomar decisiones empresariales de inversión en los que influyen otros parámetros además de los estrictamente técnicos.

Por todo lo anterior, este Consejo no puede aceptar como pretende la recurrente que todas las instalaciones contenidas en el informe CNE y catalogadas como alejadas se conviertan automáticamente en esenciales, pues dicha valoración debe ser el resultado de todos los elementos de juicio con los que cuenta la CNC y no sólo el criterio de distancia kilométrica, que aún siendo fundamental, no tiene por qué ser el definitivo, máxime cuando la propia empresa interesada no lo interprete así.

La siguiente alegación que hace la recurrente respecto a la falta de profundidad en la investigación en la que, según su valoración, habría incurrido la DI no puede ser admitida por este Consejo, toda vez que en la presente investigación la DI ha recabado la información y valoraciones de todos y cada uno de los agentes implicados en cada uno de los conflictos, desde la CNE, hasta cada una de las autoridades autonómicas, así como la de los propios interesados. No puede la recurrente basar su falta de conformidad con el sobreseimiento de la DI sobre un déficit de investigación, porque no lo hay. La DI ha recabado la información precisa



para enjuiciar cada uno de los conflictos, lo que le ha llevado en unos casos a sobreseer y en otros a imputar, como fue el caso de los conflictos de Elda y Albaterra que finalmente resultaron sancionados por el Consejo y sobre los que la hoy recurrente estuvo de acuerdo.

DÉCIMO.- Pasamos finalmente a valorar las circunstancias que concurren en cada uno de los conflictos, las alegaciones de los interesados y el criterio seguido en la DI, con el fin de concluir sobre la pertenencia o no de estimar el presente recurso. No todos los conflictos sobreseídos por la DI, y recurridos ahora, son de la misma naturaleza, los hay que versan sobre redes de distribución ya construidas y en operación, y otros sobre proyectos en construcción de GAS NATURAL. Algunos en los que las conexiones ya se han efectuado y están en marcha, aunque en condiciones diferentes a las iniciales, y otras que aún no se han realizado. Debe, pues, valorarse cada uno de estos conflictos de manera independientes.

En dos de los conflictos, el sobreseimiento dictado por la DI se hace sobre la base de que la distribuidora GAS NATURAL no tiene posición de dominio. Estos dos son los referidos a los términos municipales de Sobradriel (Zaragoza) y Callosa de Segura (Alicante). En la primera el recurrente es GAS ARAGON, y en la segunda GAS ALICANTE.

En el caso de Sobradriel (Zaragoza), la CNE considera el punto de conexión como “alejado” y por tanto habría posición de dominio. La DI razona que las instalaciones sobre las que se solicitaba acceso no estaban conectadas a la red de transporte, sino que se alimentaban desde una planta de gas natural licuado (GNL). En este contexto, las condiciones técnicas que solicitaba la recurrente no podían ser atendidas con la infraestructura que en ese momento disponía GAS NATURAL, pues la red en cuestión operaba a menos de 4 bares de presión.

El recurrente discrepa de la valoración de la DI, pues alegan que incluso desde diciembre de 2007 GN habría podido acceder a la conexión al contar con conexión a gasoducto, pasando su red a 16 bar. En su opinión esto demostraría que la negativa de GN no es realmente por un problema técnico, sino de voluntad.

Los hechos revelan que en febrero de 2005 GAS ARAGON solicitó un punto de entrega al transportista ENAGAS y los días 29 de noviembre de 2006 y 26 de abril de 2007 presentó ante la Autoridad Autónoma solicitud de autorización para ejecutar las instalaciones contenidas en el “Proyecto de instalaciones de red de penetración MPB en Sobradriel”, que le fue concedida en diciembre de 2007. Ante estos hechos, la recurrente ha declarado en el expediente que tras la respuesta negativa de GAS NATURAL a GAS ARAGÓN sobre su solicitud de conexión, *“fue necesario analizar las diferentes posibilidades de suministro a la zona, y en concreto la disponibilidad de un punto de entrega directamente sobre la Red Básica de Transporte propiedad de ENAGAS”*. *“La conformidad definitiva a este punto de entrega por parte de ENAGAS se produjo durante el mes de febrero de 2005”*... *“A partir del mes de junio del presente año son presentados en la Diputación General*



de Aragón los diferentes proyectos que van a permitir el suministro al término municipal de Sobradiel”.

En el presente conflicto, independientemente de que las instalaciones iniciales no reunieran las condiciones necesarias para conceder el punto de conexión, al no ser instalaciones conectadas a la red general, sino a una planta satélite de GNL, los hechos acontecidos posteriormente llevan al Consejo a no apreciar el carácter esencial de la instalación a la que GAS ARAGON solicitó conexión en su día. En efecto, la recurrente ya en el año 2005, ante la negativa de GAS NATURAL, optó por solicitar conexión al transportista, y con posterioridad construir sus propias redes, lo que lleva a concluir que la infraestructura para la que se solicitó acceso puede duplicarse, tanto desde un punto de vista técnico como desde un punto de vista económicamente racional. No es preciso pronunciarse sobre la existencia o no de posición de dominio por parte de GAS NATURAL, pues incluso en caso afirmativo, no se ha acreditado la esencialidad del recurso, más aún, se ha acreditado la factibilidad de su duplicación, por lo que no se cumpliría una de las condiciones necesarias para concluir que la conducta constituye un abuso de posición de dominio.

En el caso de Callosa de Segura (Alicante), la DI no observa posición de dominio, pues según informe el de la CNE la alternativa de conexión para GAS ALICANTE, en lugar de conectarse a GAS NATURAL, está situado a una distancia que la CNE valora como cercana (unos 1,3 Km adicionales). El recurrente alega que se trata de un error de la CNE porque no ha tenido en cuenta que se necesitan otros 3 Km. para conectarse a la red, por lo que piden una revisión de cara a probar la existencia de posición de dominio. Este último punto es desmentido por GAS NATURAL, pues el trazado que alega GAS ALICANTE como correcto contendría un tramo absolutamente innecesario.

Los hechos revelan que GAS ALICANTE ostenta la autorización de distribución desde 1998, aunque no es hasta el 26 de julio de 2005 cuando solicita la conexión a las redes de GAS NATURAL. La negativa inicial de GAS NATURAL se basaba en una interpretación errónea del punto de suministro solicitado, toda vez que la solicitud confundía dos términos municipales. Aclarados los errores se acordaron las condiciones de entrega el día 24 de octubre de 2006, aunque GAS ALICANTE había solicitado el 26 de julio de 2005 a ENAGAS un punto de entrega, quien le contesta el 8 de septiembre de 2005 con su oferta de condiciones técnico-económicas. GAS ALICANTE había solicitado el 11 de julio de 2006 autorización administrativa para construir un ramal “Antena Redován-Callosa de Segura” que le ha sido concedida.

GN entiende que inicialmente solicitan para suministrar a Orihuela, donde la autorización es de GN, y por eso no accede a la solicitud. GA cree que es una excusa de GN para alegar el procedimiento y que GA se dirija a la AA para que ésta resuelva si tiene derecho al acceso o si puede solicitar autorización administrativa para construir el ramal. Aclarado el tema la cuestión es que GA estaba pidiendo 2 puntos de entrega alternativos: uno sobre un gasoducto en



desarrollo (Redovan) (aplicando el mismo criterio que ENDESA le aplica a GN en el acceso a Puerto Real-Chiclana, dicen que están en fase de autorización administrativa y que aún no pueden facilitarles las condiciones de conexión) y otro sobre un ramal de GN que da servicio a Orihuela (en este, GN dice que puede darlos pero con menor presión).

Finalmente GAS NATURAL, en escrito de 15 de octubre de 2007, deniega las conexiones acordadas y reclamadas por GAS ALICANTE en escritos de 15 diciembre de 2006 y 10 de abril de 2007, pues dice que Callosa puede ser suministrada desde otros puntos y que ellos mismos habían solicitado dichas autorizaciones. GAS ALICANTE reclama ante la autoridad autonómica el 27 de junio de 2007 para que se obligue a GAS NATURAL a construir el punto de entrega, sin que el Consejo tenga conocimiento del pronunciamiento alguno al respecto.

En el caso actual, dado el estudio de la CNE, la DI valora que no hay posición de dominio, a lo que se opone la recurrente. El Consejo no considera necesario resolver sobre la posición de dominio, pues al igual que en el caso anterior, considerando los hechos descritos, esto es, las otras solicitudes realizadas por GAS ALICANTE para construir su propia red de conexión al transportista, no cabe apreciar el elemento de esencialidad necesario para valorar la conducta como un abuso de posición de dominio.

En el conflicto de Andorra-Ariño (Teruel), GAS ARAGON, con autorización para la distribución desde 1998, solicita a GAS NATURAL un punto de suministro para atender la demanda de un cliente industrial en marzo de 2003. La negativa de conexión dada por GAS NATURAL la justifica en que debido al tiempo transcurrido entre el acuerdo con ENAGAS y el momento de la solicitud, esas capacidades no dispuestas por GAS ARAGON habían sido destinadas a otros consumos de la zona. Poco tiempo después le ofertó la conexión pero con unas condiciones de caudal y presión inferiores. La conexión tuvo lugar el 6 de octubre de 2003.

GAS ARAGON, en escrito de 23 de enero de 2007 al gobierno de Aragón, aportado por ENDESA (GAS ARAGON) al expediente, declara los caudales punta de los meses de septiembre a diciembre de 2006, siendo el máximo de 229 Nm³/h, es decir muy por debajo de los acordados en segunda instancia con GAS NATURAL, que eran de 1000 Nm³/h (con ENAGAS se habían acordado 3.000 Nm³/h). A la vista de estos hechos la DI considera que aún cuando GAS NATURAL tuviera posición de dominio, no puede concluirse que su conducta constituya un abuso. En todo caso valora la DI que finalmente lo que supondría es un incumplimiento de las condiciones pactadas en su día en el contrato entre ENAGAS y GAS ARAGON y que corresponde situar el caso ante otras instancias.

La recurrente discrepa de la valoración de la DI, considerando que la reducción de la capacidad contratada con ENAGAS de 3.000 Nm³/h a 1.000 Nm³/h sin una justificación acreditada en Derecho constituye un abuso de posición de dominio, pues según su valoración, GAS NATURAL cuenta con posición de dominio en una



instalación considerada por la CNE como esencial. Considera que la justificación dada por GAS NATURAL de *“La no materialización de la conexión en las fechas referidas como antecedente, permitió utilizar la capacidad disponible para otras solicitudes, que se fueron atendiendo en el tiempo”* no parece ni objetiva ni contrastada y, por tanto, no aceptable en Derecho .

Añade la recurrente que “no dudando esta Parte de que nos encontramos ante un conflicto en el que hay circunstancias y hechos que deben ser sometidos a la jurisdicción civil, queda asimismo claro que hay un interés cierto en que el mismo sea analizado por las Autoridades de Competencia, ya que tales incumplimientos contractuales han ocasionado importantes lesiones sobre la competencia. La competencia se habría visto “maltratada” por la imposibilidad de desarrollar nuevos proyectos planeados sobre el caudal contratado con ENAGAS de 3.000 Nm³/h, y no desarrollar adecuadamente su labor de distribución. Añade en sus alegaciones que en los últimos meses si que se está superando el caudal de 1.000 Nm³/h, llegando incluso a los 1.600 Nm³/h, aunque en ningún momento se han acreditado estas medidas en el expediente.

El Consejo, a la vista de los hechos, considera que no se aprecia en la conducta de GAS NATURAL una intención de expulsión del mercado de GAS ARAGON, toda vez que se llegó a un acuerdo entre las partes para realizar la conexión, acuerdo que le ha permitido a GAS ARAGON estar presente en el mercado y desarrollar su base de clientes. La realidad es que en la misma zona están presentes dos distribuidores, de forma que cabría esperar el desarrollo de cierta competencia referencial en beneficio que lo consumidores. No se encuentra acreditado en el expediente que la conducta de GAS NATURAL, al dotar la conexión de un caudal menor al que cinco años antes había acordado con ENAGAS, se haya traducido en un debilitamiento de la competencia existente.

En el conflicto acontecido en Barbastro (Huesca) la DI no considera que se hayan dado problemas de conexión o de suministro, sino que lo ocurrido ha sido *“un episodio de caída de presión que saca a la luz las discrepancias sobre el control y medida del gas que se vehiculiza por las redes”* y su resolución correspondería a otras instancias (autonómicas). Discrepa el recurrente, pues la caída de presión durante 2 horas originó graves problemas y perjuicios al dejar sin suministro a la población correspondiente y esta caída se produciría como consecuencia de los nuevos suministros que GAS NATURAL está llevando a cabo para atender a clientes industriales propios en la zona. Además respecto a las cuestiones de medida la Autoridad Autonómica le ha dado la razón a GAS ARAGÓN. Por tanto, a pesar de que la DI no lo considera así, GAS NATURAL está actuando de manera obstruccionista e incumpliendo las condiciones firmadas por GAS ARAGÓN y abusando de su posición de dominio.

La recurrente alega que las caídas de presión se han producido otros días, aunque no llegaron a cero como a la que la DI se refiere. El problema no es puntual como dice la DI, pues señala la recurrente otros 3 días concretos de caída de tensión. GAS ARAGÓN interpreta que estas caídas de presión se deben a que GAS



NATURAL inició nuevos suministros industriales y necesitó para ello contar con las capacidades de GAS ARAGÓN.

Por su parte GAS NATURAL alega que las caídas de presión se deben al comportamiento de GAS ARAGON, pues al aumentar sus consumos por encima de lo acordado ella misma provoca las caídas de presión. GAS ARAGON se niega a que se instalen elementos de control y medida.

El Consejo considera que, independientemente de la posición que pueda tener GAS NATURAL, los hechos denunciados, que se limitan a tres fechas concretas de caídas de tensión, sin mayor acreditación de causas y efectos, no pueden ser valorados como un indicio de abuso de posición de dominio.

En el caso denunciado en el Polígono de Segorbe de Jijona (Alicante), la DI no aprecia indicios de abuso pues no se refiere a conexiones o suministros rechazados. La posición de dominio de GAS NATURAL no influiría para la resolución de la discrepancia, que se basaba *“en la modificación de una instalación, sobre cuya procedencia o improcedencia, de acuerdo con la normativa sectorial, se pronunció en su momento el organismo autonómico correspondiente”*. Sin embargo, la recurrente considera que GAS NATURAL ha incurrido en abuso de posición de dominio, pues la conducta ha tenido como principal objetivo retrasar y obstaculizar la actividad de GAS ALICANTE con el objetivo de desarrollar nuevas redes para suministrar a sus clientes, impidiendo que otros lo hicieran.

Los hechos revelan que GAS ALICANTE dispone de la autorización para distribuir desde 1998, y que desde julio de 2001 dispone de un punto de entrega pactado con ENAGAS. La discrepancia proviene por la colocación de una instalación de la que GAS ALICANTE podría derivar una segunda red de distribución, disponiendo así de 2 redes, una en media presión para el doméstico y otra en alta para el industrial. En octubre de 2003 GAS ALICANTE solicita a GAS NATURAL que pongan una estación de medida (EM) en común. No habiendo respuesta acreditada el 16 de abril de 2004 GAS ARAGON insiste en sus pretensiones, contestando GAS NATURAL el 15 de mayo de 2003 que no tiene capacidad para Segorbe. GAS ALICANTE se dirige a la Autoridad Autonómica, quien responde el 12 de febrero de 2004 a favor de GAS ALICANTE.

La recurrente considera que los obstáculos que GAS NATURAL puso tenían la intención de retrasar y obstaculizar la actividad de GAS ALICANTE. Las reformas que GAS ALICANTE pretendía realizar tenían por objeto suministrar a potenciales consumidores industriales, justo lo que pretendía obstaculizar GAS NATURAL, para ser ella quien los suministrase.

GAS NATURAL recuerda que en la zona GAS ALICANTE cuenta con tres puntos de entrega en servicio habilitados en la red de GAS NATURAL por lo que no puede haber un problema de competencia. Respecto a las modificaciones pretendidas por GAS ALICANTE en el punto de entrega de Segorbe, éstas no eran posibles técnicamente con arreglo a la normativa vigente.



Los hechos en este conflicto revelan que la conexión funciona desde julio de 2001. GAS ALICANTE pretendía la instalación de una estación que permitiera medir el punto de suministro actual y otro punto de suministro futuro, ambos de distinto nivel de presión. Finalmente GAS ALICANTE pudo construir esa unidad de medida pero fuera del punto de conexión con GAS NATURAL, ya que se ha situado aguas abajo. Actualmente dispone pues de medios de medida para las dos redes, la de suministro a mercado doméstico y la de alta presión para suministro a mercado industrial.

En este contexto, el Consejo no aprecia que exista el elemento de esencialidad necesario para considerar que GAS NATURAL haya incurrido en abuso de posición de dominio. GAS ALICANTE ha podido desarrollar sus proyectos en este caso sin tener que ocupar las instalaciones de GAS NATURAL, que en un principio pretendía.

En el polígono de El Espartal de Jijona (Alicante) la DI interpreta que la conexión se está produciendo y que el conflicto se basa en discrepancias económicas relativas al pago de la conexión, pues al recibir una menor presión de entrega GAS ALICANTE pretendería revisarlas. Considera que las discrepancias deben dirimirse en otras instancias.

GAS ALICANTE alega que el conflicto se debe a que GAS NATURAL limita la presión en el punto de conexión previamente acordado, lo que le impide desarrollar nuevos puntos de suministros, lesionando la competencia.

GAS NATURAL alega que la afirmación hecha por GAS ALICANTE es gratuita y carece de toda prueba. El hecho fue que ante la falta de capacidad para atender a las condiciones solicitadas, GAS NATURAL propuso a GAS ALICANTE habilitar el punto de entrega solicitado pero con menor capacidad y presión, lo que resultó aceptado por GAS ALICANTE. Una vez construida la instalación, GAS ALICANTE se estaría negando a pagar los costes en los que GAS NATURAL ha incurrido, por lo que GAS NATURAL ha interpuesto demanda ante la jurisdicción ordinaria en Elda (Alicante). El hecho es que la conexión está operativa desde junio de 2003 con unas condiciones inferiores a las solicitadas.

El Consejo no aprecia que existan en este caso indicios de abuso por parte de GAS NATURAL, pues GAS ALICANTE está operando en la zona sin que haya aportado tampoco indicios de efectos anticompetitivos alguno, por lo que manifiesta su conformidad con la valoración de la DI.

En el caso de Almoradí se trata de una solicitud de conexión a GAS NATURAL sobre un gasoducto que está en fase de construcción, por lo que la DI sostiene que hasta no disponer del gasoducto no se ha tenido posición de dominio, ni por tanto se pudo incurrir en un abuso de la misma.

GAS ALICANTE alega que la DI considera que hay posición de dominio sobre unas instalaciones consideradas esenciales y que GAS NATURAL ha llevado a cabo



actuaciones tendentes al retraso en la tramitación de las solicitudes de GAS ALICANTE. La DI cuestiona que GAS ALICANTE no haya desarrollado las posibilidades existentes para distribuir en Almoradí conforme a la autorización obtenida en 1998, a lo que la recurrente responde que si no lo ha hecho es porque el gasoducto que se debía haber construido, primero por parte de ENAGAS y luego por parte de GAS NATURAL, se ha retrasado en su construcción, y por eso GAS ALICANTE no ha podido distribuir en la zona.

GAS NATURAL alega que no existe ningún contrato de GAS ALICANTE con ENAGAS ni con GAS NATURAL que contemple punto de suministro alguno, y que GAS ALICANTE ha esperado varios años a que GAS NATURAL construyese unas redes a las que conectarse para acometer el suministro a un nuevo municipio autorizado al menor coste posible y de forma oportunista.

Los hechos contenidos en el expediente establecen que la autorización fue obtenida por GAS ALICANTE en septiembre de 1998; que en marzo de 2005, cuando el proyecto de GAS NATURAL de construcción del gasoducto se pone en marcha, GAS ALICANTE solicitó a la administración autonómica competente que la autorización administrativa para dicho proyecto se condicionara a que tuviera la capacidad técnica suficiente para suministrar a Callosa de Segura y a Almoradí. GAS ALICANTE solicitó punto de conexión a GAS NATURAL en septiembre de 2006, quien atendió la solicitud, ofertando las condiciones del punto de suministro. Con posterioridad se detuvo el proceso porque GAS NATURAL alegó que al estar en fase de expropiación los terrenos que albergarían el punto de suministro no se podían concretar las especificaciones del mismo. En septiembre de 2007 GAS ALICANTE reitera su solicitud. En la actualidad no existe conexión, GAS NATURAL ha solicitado que le revoquen la autorización a GAS ALICANTE, alegando que durante siete años no ha dado el suministro al que se comprometió con la solicitud de autorización, lo que ha sido denegado por la Autoridad Autonómica en abril de 2008. La Generalitat Valenciana en junio de 2008 ha resuelto, ante demanda de GAS ALICANTE, que GAS NATURAL debe concretar las condiciones en las que ha de efectuarse la conexión de las instalaciones de GAS ALICANTE a las instalaciones de GAS NATURAL DISTRIBUCIÓN SDG, S.A.

En el caso presente la DI no aprecia posición de dominio porque en el momento de los hechos la infraestructura a la que conectarse aún no estaba disponible. GAS ALICANTE justifica su prolongada falta de actividad en la zona en el hecho de que ni ENAGAS en su momento, ni después GAS NATURAL, han desarrollado las redes necesarias para que GAS ALICANTE pudiera acometer el desarrollo de las redes de distribución que le habría permitido poner en marcha su autorización. GAS NATURAL interpreta por su parte que el comportamiento de GAS ALICANTE es oportunista, pues habría estado esperando a que otros desarrollasen las redes, para poder acometer su proyecto particular a un coste menor. Es más, GAS NATURAL recurre a la autoridad autonómica para que ésta revoque en su favor la autorización de GAS ALICANTE.



Es pertinente al caso recordar que este expediente procede de la segregación de un expediente inicial en el que el Consejo tuvo la oportunidad de conocer conjuntamente todos y cada uno de los conflictos. Al analizarlos todos ellos, y en concreto los que finalmente dieron lugar a una resolución sancionadora a GAS NATURAL, por abuso de posición de dominio, observa el Consejo que en el caso presente están ausentes ciertos elementos necesarios para la valoración del tipo infractor del abuso. En primer lugar no hay indicios de que el retraso en la construcción sea con fines exclusionarios como pretende el recurrente, es mas, ni siquiera hay indicios de que ENAGAS y luego GAS NATURAL hubiesen planeado construir el gasoducto en una fecha anterior a la que se llevó a cabo, pues de hecho GAS ALICANTE no había pactado ningún punto de conexión con ENAGAS, y GAS ALICANTE no solicita conexión a GAS NATURAL hasta septiembre de 2006. En segundo lugar la respuesta de GAS NATURAL a la solicitud de conexión es positiva, y su retraso en comunicar las condiciones de entrega lo justifica en base a la fase de expropiación en la que aun se hallan los terrenos que lo albergarán. Y en tercer lugar al no estar lista la infraestructura hasta ahora, nadie ha podido desarrollar las redes de distribución final necesarias para dar el servicio, y por lo tanto no cabe apreciar en el pasado efecto alguno de la conducta en caso de que ésta pudiera ser valorada como abusiva. En la actualidad, dada la obligación de acceso que la Generalitat Valenciana ha resuelto, no cabe esperar espacio para la continuidad de la negativa de acceso. Por lo tanto, el Consejo, tras valorar los hechos que concurren en este caso, y aun en el caso de que el nuevo gasoducto confiera una posición de dominio a GAS NATURAL, no aprecia indicios suficientes que llevarían, en caso de ser el recurso estimado, a la imputación de GAS NATURAL por abuso de posición de dominio.

En el último de los conflictos recurridos, en el que resulta afectada la localidad de Seseña (Toledo), la primera solicitud de conexión que realiza MERIDIONAL DE GAS (ENDESA) en julio de 2004, es a ENDESA GAS TRANSPORTISTA, quien a su vez solicitó dicha conexión a ENAGAS, quien remite las condiciones en septiembre de 2004, es decir, se pide conexión al transportista no a GAS NATURAL DISTRIBUIDORA. En enero de 2005 MERIDIONAL se dirige a GAS NATURAL para solicitar un punto de entrega en Seseña. GAS NATURAL se lo niega alegando falta de capacidad suficiente y sugiriendo se dirijan a ENAGAS.. En marzo de 2007 MERIDIONAL DE GAS le comunica a ENAGAS su intención de poner en marcha una planta satélite de GNL para iniciar la distribución en Seseña, y le informaba del número de descargas (cisternas) que necesitaría.

La DI valora que en estas circunstancias no parece que pueda desprenderse indicio alguno de abuso por parte de GAS NATURAL.

La recurrente alega que tomó la decisión de suministrar mediante planta de GNL por la necesidad no aplazable de iniciar el suministro, ante la negativa de GAS NATURAL de facilitar las condiciones técnico-económicas previamente acordadas con ENAGAS, alegando falta de capacidad pero sin informar de la capacidad parcial de suministro.



GAS NATURAL alega que ya quedó acreditada ante la DI la ausencia de capacidad en la red de GND para atender el punto de entrega solicitado por MERIDIONAL DE GAS con un caudal de 10.000 m³/h.

El Consejo, ante los hechos narrados previamente, valora que al igual que en los conflictos de Sobradiel y Callosa de Segura, no concurre en el caso presente el elemento de esencialidad necesario para apreciar indicios de un abuso de posición de dominio en este contexto, toda vez que la recurrente antes de la propia solicitud a GAS NATURAL, ya había contemplado y puesto en marcha otras posibles formas de suministrarse.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por GAS ALICANTE, S.A.U., GAS ARAGÓN, S.A. y ENDESA GAS DISTRIBUCIÓN, S.A. contra el Acuerdo de sobreseimiento dictado por la Dirección de Investigación de la CNC de 26 de marzo, por el que se acordaba el sobreseimiento parcial del expediente 2595/05 que tuvo su origen en la denuncia presentada por la CNE el 7 de marzo de 2005, por infracción del artículo 6 de la Ley 16/1989, de 18 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y a la Comisión Nacional de Energía y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.