

RESOLUCIÓN (Expte. R 697/06, DISTRIBUIDORAS DE GAS)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Consejero
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a Maria Jesús González López, Consejera

En Madrid a 19 de septiembre de 2007

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo) con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Consejera D^a Pilar Sánchez Núñez, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente R 697/06 (2595/05 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante el Servicio o SDC) incoado para resolver el recurso interpuesto por GAS ALICANTE, S.A.U., GAS ARAGÓN, S.A. y MERIDIONAL DE GAS, S.A.U. contra el Acuerdo de Sobreseimiento de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 11 de septiembre de 2006, que tuvo su origen en su denuncia contra GAS NATURAL SDG por presunta infracción de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (LDC), al realizar supuestas prácticas restrictivas de la competencia consistentes en negativas o dilaciones a las solicitudes de conexión de las distribuidoras denunciadas a las redes de GAS NATURAL.

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 Servicio) el "Informe sobre los escritos de denuncia de GAS ALICANTE, S.A.U. (en adelante GAS ALICANTE) contra GAS NATURAL SDC, S.A. (en adelante GAS NATURAL) por la conexión a la red de distribución de gas natural en los términos municipales de Albufera 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). Las denuncias consistían en los hechos siguientes:

- 1.1 Denuncia de GAS ALICANTE, S.A.U. contra GAS NATURAL SDG, S.A. por:
 - 1.1.1 “Negativa del denunciado a efectuar la conexión de su red de suministro de gas a las redes del denunciante en dos municipios de la provincia de Alicante, Albuera (Polígono Industrial de Mos del Bou) y Elda (c/ Pico Veleta)”.
 - 1.1.2 “Problemas con el denunciado relativos a la ejecución de una estación de medida para el suministro de gas natural al Polígono Segorbe de Jijona y a la conexión provisional y el suministro para el Polígono El Espartal de la misma localidad”.
 - 1.2 Denuncia de GAS ARAGÓN, S.A. contra GAS NATURAL SDG, S.A. por:
 - 1.2.1 “Negativa de conexión de las respectivas redes para el suministro de la zona de Andorra-Ariño (Teruel) (fol. 229 a 298)”.
 - 1.3 Denuncia de MERIDIONAL DE GAS, S.A.U. contra GAS NATURAL, SDG, S.A. por:
 - 1.3.1 “Discrepancias en las condiciones de conexión de las respectivas redes para el suministro en Peligros (Granada), Bailén (Jaén) y Albolote (Granada)”.
2. El Servicio inició la fase de información reservada y con fecha 10 de junio de 2005 remitió escritos solicitando información a GAS ALICANTE, S.A.U.; GAS ARAGÓN, S.A. y a MERIDIONAL DE GAS, S.A.U. para que actualizasen el estado de los hechos denunciados ante la CNE y aportasen otra información referente al mercado afectado.
- 2.1. El 4 de julio de 2005 GAS ARAGÓN, S.A. presenta escrito en el Servicio adjuntando la información solicitada, el 5 de julio de 2005 GAS ALICANTE, y el 16 de septiembre de 2005, MERIDIONAL DE GAS, S.A.U.

- 2.2. 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.
 - 2.3. El 27 de octubre de 2005 se recibe en el Servicio escrito presentado por GAS ALICANTE, S.A. aportando información relativa a la negativa de GAS ALICANTE en Callosa de Segura.
 - 2.4. El 19 de diciembre de 2005 se recibe en el Servicio escrito de alegaciones y documentación adjunta enviada por GAS NATURAL S.D.G., S.A.
 - 2.5. El 8 de marzo de 2006, el Servicio dicta Providencia mediante la cual se solicita información adicional a GAS NATURAL.
 - 2.6. El 30 de marzo de 2006, GAS NATURAL, presenta escrito de respuesta al Servicio adjuntado documentación.
 - 2.7. El 10 de abril de 2006. se recibe en el Servicio escrito de GAS ALICANTE, S.A.U.; GAS ARAGÓN, S.A. y MERIDIONAL DE GAS, S.A.U. solicitando se proponga al TDC, la adopción de medidas cautelares y la confidencialidad de los Anexos 4 y 5.
 - 2.8. El 10 de julio de 2006 se propone el sobreseimiento del expediente.
 - 2.9. El 1 de agosto de 2006 se recibe en el Servicio escrito de alegaciones a la Propuesta de sobreseimiento remitido por GAS ALICANTE S.A.U., GAS ARAGON, S.A. y MERIDIONAL DE GAS, S.A.U.
 - 2.10. El 11 de septiembre de 2006 se dicta ACUERDO de Sobreseimiento del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia.
3. El 26 de septiembre de 2006 GAS ALICANTE, GAS ARAGON y MERIDIONAL DE GAS, presentan recurso ante el Tribunal contra el anterior Acuerdo de Sobreseimiento del Servicio.
 - 3.1. Tras ser admitido a trámite en el Tribunal, se declaran interesados a GAS ALICANTE SAU, GAS ARAGÓN SAU, MERIDIONAL DE GAS SAU y GAS NATURAL SDG S.A.

- 3.2. Habiéndose recibido alegaciones de todas las partes interesadas, el Consejo resolvió en sesión plenaria el 6 de septiembre de 2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La presente resolución tiene por objeto dar respuesta al recurso presentado por GAS ALICANTE SAU, GAS ARAGÓN SAU Y MERIDIONAL DE GAS SAU contra el Acuerdo de Sobreseimiento dictado por la Dirección General de Defensa de la Competencia, respecto a si determinados comportamientos de GAS NATURAL podrían constituir una infracción al artículo 6 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia. Los comportamientos denunciados se basan en la negativa de acceso o modificación de las condiciones técnicas del acceso, que GAS NATURAL estaría dando a las distribuidoras denunciadas cuando éstas le solicitan puntos de conexión de sus redes a las redes de GAS NATURAL, redes estas últimas que por sus características técnicas, de 16 a 4 bar de presión, y localización, son susceptibles de ser usadas como infraestructura intermedia de conexión entre la infraestructura de transporte y la de distribución, y de la cual es propietaria GAS NATURAL, en virtud de la escisión de activos acontecida tras la separación de GAS NATURAL y ENAGAS.

Los denunciados consideran que las citadas redes sobre las que se solicita acceso, anteriormente propiedad del transportista, tienen, por sus características técnicas y ubicaciones, la consideración de infraestructura esencial para el desarrollo de la actividad de distribución, y por lo tanto al ser éstas únicas, su propietario tiene posición de dominio en ellas, y la negativa de conexión a las mismas constituye un abuso de posición de dominio, infringiendo por lo tanto la normativa de competencia.

La denunciada, por su parte, alega que la distribución es una actividad desarrollada en régimen de monopolio natural, que no existen autorizaciones para que dos distribuidores operen sobre el mismo territorio, que la normativa sectorial prohíbe la competencia entre redes de distribución, que los hechos son inocuos al no haber un mercado de producto afectado (se trata, en su opinión, de la extensión de redes de distribución en régimen de monopolio sin afectar a mercados liberalizados conexos), que la infraestructura objeto de análisis no cumple con las características de instalación esencial, y que la actuación de GAS NATURAL trata de preservar sus legítimos derechos económicos, y actúa siguiendo un comportamiento racional. Por tanto no hay afectación de la legislación de competencia, de manera que los derechos de conexión y sus costes económicos no deben ventilarse ante las autoridades de defensa de la competencia.

El Servicio acuerda el sobreseimiento por considerar que el mercado afectado es el de distribución de gas natural y que al tratarse de una actividad desarrollada en régimen de monopolio no hay posibilidad alguna de competencia, y por tanto no habría afectación de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia.

Segundo.- La cuestión previa para resolver este recurso está en la diferenciación de redes, su titularidad, sus antecedentes y su funcionalidad, motivo por el que es necesario conocer ciertos aspectos de los cambios legislativos y estructurales que se han producido en este sector en los últimos años.

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 bares 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 bares 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 bares de las redes de distribución, pasando a ser definidas como tales todas las redes de presión igual o inferior a 16 bares. Así, mientras las redes de distribución tradicionales seguían teniendo esa consideración, se añadían también a esta clasificación las redes de 16 bares que tenían por objeto el suministro a clientes industriales.

Otra novedad fue la posibilidad de duplicar redes de distribución que se originaba con el fin de la exclusividad en distribución, aunque nunca llegó a materializarse al promulgarse el Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de marzo,

que de nuevo elimina esta posibilidad por considerar que dicha duplicidad provocaría una pérdida de eficiencia, dado el carácter de monopolio natural de las redes de distribución.

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 bares y que estaban suministrando a clientes industriales.

Todos estos cambios, tanto normativos como estructurales que acontecieron en todo el sector energético español, promovían una desintegración vertical de las industrias de redes, con el objeto de apoyar y fomentar la liberalización de estos sectores. Así ENAGAS pasó a ostentar la titularidad de aquellas infraestructuras consideradas de transporte y almacenamiento (Red Básica de Transporte y Red de Transporte Secundario, según definiciones de la Ley 34/98 del Sector de Hidrocarburos), mientras que GAS NATURAL se hacía con las denominadas por la ley como Redes de Distribución. Sin embargo, esta desintegración vertical no afectó a ciertas redes de distribución, como es el caso de las heredadas por GAS NATURAL al haber en ellas una segunda diferenciación. Por un lado están las redes de distribución propiamente dichas, que son gasoductos construidos y desarrollados dentro de la propia población para llegar al consumidor final y que no suelen operar a más de 4 bares de presión, y por otro están los gasoductos con presión de diseño de 16 a 4 bares, 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 bares 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 bares 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 otorgar 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 bares 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 bares”, 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 bares, 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.

Tercero.- El análisis de una situación de posible abuso de posición de dominio descansa sobre la delimitación del mercado afectado por la conducta denunciada, y a ello dedicamos el presente fundamento de derecho. El Servicio considera que el mercado afectado es el de distribución de gas natural. 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.

Un primer grupo de comportamientos denunciados lo constituyen los supuestos incumplimientos contractuales por parte de GAS NATURAL respecto a las condiciones técnicas del punto de entregas pactadas en su día entre esas distribuidoras y ENAGAS, a la cual sucedió posteriormente GAS NATURAL como titular de la infraestructura en cuestión. En opinión de este Consejo si bien la distribución de gas natural es una actividad que sin duda se verá afectada en tanto en cuanto el distribuidor pueda o no conectarse a la red en las condiciones requeridas, no se considera que sea el mercado relevante donde deban analizarse los comportamientos denunciados para determinar si hay o no infracción de la LDC. El hecho objeto de conflicto es el acceso de la red de distribución a otra red, antes propiedad del transportista, y ahora propiedad de una empresa que desarrolla también actividades de distribución, por supuesto en zonas no solapadas con el distribuidor tradicional autorizado, pero sí en zonas próximas o colindantes y a las que servirá utilizando la misma infraestructura a la que el denunciante está solicitando conectarse. Con anterioridad a que GAS NATURAL pasase a ser propietaria de estas redes, ENAGAS en su condición de transportista y suministrador a tarifa, construyó estas redes (de 16 a 4 bares de presión) a las que se conectaron tanto clientes industriales como los distribuidores autorizados. ENAGAS firmó con los distribuidores contratos que contenían las dos actividades necesarias para que el distribuidor desarrollase su actividad, esto es, la conexión física en los términos precisos para satisfacer la demanda (caudal y presión) que el distribuidor conectado iba a requerir y el

suministro con el distribuidor. La escisión de activos dio lugar a que la infraestructura pasase a ser propiedad de GAS NATURAL, mientras que el suministro a los distribuidores permanecía en ENAGAS. Las denunciante entienden que GAS NATURAL debe subrogarse en la parte de esos contratos que afectan a la infraestructura adquirida, esto es, a la conexión con sus redes de distribución en los puntos y con las características técnicas contractualmente comprometidas por ENAGAS.

Un segundo grupo de conflictos denunciados consiste también en negativas de acceso o reducciones de las capacidades solicitadas, pero sin embargo, estas solicitudes se cursan por primera vez a GAS NATURAL, incluso en ocasiones sobre proyectos futuros de gasoductos de GAS NATURAL.

En cualquiera de los dos grupos y por las razones expuestas este Consejo considera 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. Y ello porque los distribuidores autorizados no compiten entre sí por captar los mismos clientes, pero sí pueden competir por conectarse a la infraestructura de transporte que mejor les permita desarrollar su negocio de distribuidor.

Cuarto.- La siguiente cuestión a determinar debería centrarse en la existencia de posición de dominio de GAS NATURAL. Respecto a esta cuestión resulta relevante si la infraestructura sobre la que se solicita la conexión es una instalación esencial, como sostienen los denunciante, o no, como alega GAS NATURAL. De los hechos denunciados e investigados por el Servicio no hay discusión en cuanto a que las redes sobre las cuales las denunciante han solicitado acceso mediante los distintos puntos de conexión en las diferentes zonas son activos propiedad de GAS NATURAL.

Los denunciante consideran que en determinadas zonas las redes de 16 bares han servido tradicionalmente como soporte sobre el que se han desarrollado las redes de distribución propiamente dichas y que en algunos casos es la única alternativa real de conexión para desarrollar la actividad de distribución.

Por el contrario GAS NATURAL alega que a estas redes no les es de aplicación la doctrina de las instalaciones esenciales dado que no hay competencia previa que pueda desaparecer como consecuencia de la conducta, no es un bien o servicio indispensable para desarrollar la actividad en competencia y sí que existen sustitutos potenciales, dado que el

recurrente siempre habría podido construir su propia conexión o transporte en lugar de aprovecharse de las inversiones de GAS NATURAL.

Para establecer el carácter esencial o no de estas instalaciones hay por tanto que entender el papel que a estas instalaciones les otorga la regulación, cómo se ha regulado su acceso y las alternativas reales tanto técnica como económicamente a las conexiones solicitadas.

Del análisis del expediente no existe duda de que las redes de 16 bares sirven tanto para conectar consumidores industriales como para conectar a distribuidores autorizados para una determinada zona. Por lo tanto son redes de carácter dual, por cuanto serían redes de distribución para el cliente industrial a ellas conectado y redes de transporte para el distribuidor que se conecte a ellas.

Pues bien, en cuanto a su papel como redes de transporte el regulador ha dispuesto que al igual que el transportista, el distribuidor debe permitir el acceso a sus instalaciones a terceros (art. 74, 75, 76 LSH; 10.2 R.D. 1434/2002; y art. 3, 4 R.D. 949/2001), tal y como señala el Servicio en su Informe Propuesta al señalar que: “La realidad es que 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 bares de presión, que son las conectadas a los ejes de transporte primario”.

Igualmente hay que tener en cuenta el artículo 12.1 del R.D. 1434/2002 que establece que “las redes de distribución deberán alimentarse preferentemente desde una red de transporte, pudiendo, asimismo, alimentarse a partir de otra red de distribución de presión máxima de diseño superior a 4 bares, siempre que ésta disponga de suficiente capacidad de suministro, atendiendo a criterios de racionalidad técnica y económica”.

A la hora de evaluar si existen o no alternativas es importante exponer aquí la postura del regulador sectorial con respecto al criterio de racionalidad técnica y económica. Según indica la CNE en su Informe, este criterio de racionalidad técnica y económica debe interpretarse en el sentido de que cuando la antena de distribución a 16 bares dispone de capacidad sin utilizar, 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 esta manera la duplicación innecesaria de estas antenas de conexión (fol. 16). Interpretación que es acorde con el derecho reconocido a los distribuidores en el artículo 10.2 c) del R.D. 1434/2002 a “conectarse a la red de transporte o a la red de distribución de presión máxima de diseño superior a 4 bar más cercana con

capacidad suficiente para acceder al abastecimiento de gas natural necesario para atender la demanda correspondiente a su zona de autorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12”.

Por tanto dependiendo de qué alternativas existan podrá determinarse si la red en cuestión es no esencial.

Quinto.- Respecto a la posición de dominio es de señalar que GAS NATURAL es el único titular de la mayor parte de las antenas de distribución de 16 bares, que fueron cedidas por su anterior propietario, el transportista ENAGAS, a raíz de la escisión parcial de activos anteriormente.

Por lo tanto, el análisis de la posición de dominio que GAS NATURAL ostentaría en las redes de 16 bares debe ser analizado a la luz de la existencia de alternativas de conexión a las solicitadas por los distribuidores tanto desde el punto de vista técnico como económico. Esta cuestión debe ser evaluada en cada uno de los casos, y para lo cual puede ser precisa la intervención de las autoridades regulatorias sectoriales. El Servicio señala que *“Los aspectos relativos a los supuestos incumplimientos contractuales, a titularidad de determinadas instalaciones o a las condiciones técnicas de la conexión (ubicación del punto de entrega, caudal horario, presiones máximas y mínimas, estaciones de medición y/o regulación, etc.) no pueden ser objeto de análisis por parte de este Servicio al no ser de su competencia, pues para ello existen Organismos sectoriales específicos (CNE y los correspondientes entes autonómicos responsables de los asuntos energéticos), pero es precisamente la respuesta de estas instituciones el punto de partida para que las autoridades de competencia analicen si el comportamiento denunciado respondía a un intento de distorsionar las condiciones de competencia en el mercado, y tras una negativa de acceso sancionada por el regulador pueden las autoridades de competencia pronunciarse sobre si ésta se ha producido o no en posición de dominio por parte de GAS NATURAL, y si ello sería o no constitutivo de abuso de dicha posición de dominio. No es una cuestión nueva que en los sectores recientemente liberalizados persisten aún rasgos estructurales que posibilitan comportamientos claramente contrarios a la competencia, y es precisamente en estos casos donde la resolución óptima requiere la actuación tanto de las autoridades reguladoras como de las autoridades de competencia.*

Sexto.- Resuelta la existencia o no de posición de dominio de GAS NATURAL en cada uno de los conflictos, procedería analizar el posible abuso de la misma en los casos que corresponda, comportamiento éste que deberá ser analizado a la luz de las obligaciones de acceso que GAS NATURAL

tendría en esta infraestructura en cada uno de los conflictos, para lo cual el Consejo considera que puede ser una cuestión relevante si la negativa o dificultad de acceso se realiza sobre una infraestructura previamente titularidad de ENAGAS y sobre la que existían acuerdos contractuales previos a la escisión, o si por el contrario las solicitudes se realizan sobre proyectos en desarrollo de GAS NATURAL.

De la información contenida en el expediente, se constata que los reguladores sectoriales territoriales han determinado sobre el fondo del conflicto según los antecedentes, lo que en ocasiones les ha llevado a resolver a favor de los distribuidores y en ocasiones a favor de GAS NATURAL. La cuestión, desde el punto de vista del análisis del abuso está en el comportamiento dilatorio que GAS NATURAL había estado manteniendo aun después de las resoluciones mencionadas.

Séptimo.- Tanto GAS NATURAL como el Servicio, argumentan la inexistencia de efectos porque no hay posibilidades de competir, ya que las dos empresas no pueden conectar a los mismos consumidores a sus redes, dado el régimen de exclusividad de sus respectivas autorizaciones administrativas. Este argumento es totalmente cierto en lo que respecta a los consumidores domésticos, pero este análisis se basa en una definición del mercado afectada por la práctica como el de distribución de gas natural, pero pierde su fundamento cuando el análisis se basa en el mercado de acceso de los distribuidores a redes de transporte a las que conectarse.

En este mercado el dar acceso y conectar a un determinado distribuidor puede afectar directamente a las posibilidades de conexión de un segundo distribuidor que puede encontrarse con esta red saturada o con insuficiente capacidad para sus necesidades. Así, en función de las conexiones a estas redes el distribuidor podrá o no atender sus incrementos de demanda debido a solicitudes de nuevos clientes en su zona de distribución o a incrementos en el consumo de sus clientes tradicionales. Así lo reconoce GAS NATURAL al afirmar que: *“esto significa que el incremento de la retribución corresponde necesariamente al distribuidor al que se conecta el 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 le 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”*.

Por lo tanto este Consejo considera que el Acuerdo de Sobreseimiento no ha valorado adecuadamente el mercado afectado, y consecuentemente tampoco

los efectos que desde la perspectiva de la defensa de la competencia podría tener el comportamiento denunciado.

Octavo.- GAS NATURAL alega que su conducta responde a un comportamiento racional, ya que la remuneración que GAS NATURAL obtiene es distinta si el gas que circula por esas redes es gas para otro distribuidor, en cuyo caso sólo percibirá el ingreso correspondiente al peaje de acceso y circulación, o si es gas que será distribuido a clientes finales de GAS NATURAL, pues en este caso la remuneración por distribución es mayor que la remuneración por acceso.

GAS NATURAL argumenta que permitiendo el acceso pierde remuneración. Este reconocimiento suscita varias cuestiones. La primera es la confirmación de que los distribuidores que le piden acceso compiten con sus propios distribuidores por el acceso al gasoducto que les facilita la conexión y con ella la posibilidad de suministrarse. De hecho en uno de los conflictos denunciados la justificación de GAS NATURAL a la negativa de una conexión que previamente el distribuidor había contratado con ENAGAS fue que tras varios años sin que la distribuidora reclamase dicha conexión, GAS NATURAL le había otorgado la conexión a otro que se la había solicitado, con lo cual ya no disponía de la capacidad suficiente para satisfacer la conexión previamente comprometida por su antecesor.

La segunda cuestión que subyace tras este argumento es si dichas negativas de acceso por parte de un operador en posición de dominio estarían objetivamente justificadas. GAS NATURAL entiende que sí, dado que dichos accesos afectarían negativamente a sus resultados, y que además los denunciados no han demostrado la falta de rentabilidad de las alternativas que existen a las conexiones solicitadas.

De nuevo sólo un análisis individualizado de cada uno de los conflictos podrá valorar la existencia de justificación objetiva en el comportamiento del denunciado, para lo cual deberá distinguirse si la negativa se produce sobre redes existentes y con capacidad comprometida con la denunciante previamente, o si se produce sobre proyectos en desarrollo y en estos últimos casos deberá valorarse si objetivamente las alternativas son factibles técnica y económicamente o no, para poder concluir si hay o no justificación objetiva.

Noveno.- Tras todas las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho el Consejo manifiesta su desacuerdo con el Acuerdo de Sobreseimiento del Servicio en el caso presente porque considera 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 debe realizarse sobre el mercado de acceso de las redes de distribución

propiamente dicha, 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.

Visto todo lo que antecede el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

Primero.- Estimar el recurso planteado por GAS ALICANTE, S.A.U., GAS ARAGÓN, S.A. y MERIDIONAL DE GAS, S.A.U. contra el Acuerdo de sobreseimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, de 11 de septiembre de 2006, Acuerdo que se revoca.

Segundo.- Interesar de dicho Servicio la continuación del procedimiento con los actos de instrucción necesarios para concluir el esclarecimiento de las cuestiones antes expresadas.

Comuníquese esta resolución a la Dirección General de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno, pudiéndose imponer, en su momento, únicamente recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que ponga fin al expediente.