

EL SECTOR ENERGÉTICO DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA

María Jesús MAZO VENERO *
Subdirectora General Adjunta
Subdirección General de Concentraciones
Ministerio de Economía y Hacienda

Beatriz DE GUINDOS TALAVERA *
Inspectora Jefa de Unidad
Subdirección General de Concentraciones
Ministerio de Economía y Hacienda

1. INTRODUCCIÓN

La actividad del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) en materia de energía es sumamente amplia, dada la relevancia y el carácter esencial de este sector en toda economía. Así, el estudio de los mercados energéticos tanto desde el punto de vista del control de concentraciones, a través del análisis de las principales fusiones y adquisiciones de ámbito nacional y comunitario, como desde el punto de vista de las prácticas restrictivas de la competencia, a través del estudio de las denuncias presentadas ante el Servicio y las actuaciones de oficio emprendidas por éste, constituyen una parte fundamental de la actividad de los órganos de competencia en España.

La labor de instrucción de expedientes de concentraciones y de conductas en el sector energético se ve complementada por otras actividades de sumo interés que permiten profundizar en el estudio de la competencia efectiva en los mercados de gas, electricidad e hidrocarburos.

En particular y de conformidad con las funciones atribuidas al SDC, son numerosas tanto las consultas previas como las actuaciones preliminares que se resuelven desde la Subdirección General de Concentraciones con el fin de determinar en qué medida operaciones económicas concretas constituyen operaciones de concentración notificables bajo la norma-

* Técnicos Comerciales y Economistas del Estado.

tiva nacional vigente. Del mismo modo, la Subdirección General de Conductas Restrictivas no se limita a la instrucción de expedientes, sino que realiza diligencias previas encaminadas a determinar si procede la apertura de oficio de expedientes sancionadores.

Asimismo, la inevitable interrelación entre regulación y competencia, especialmente patente en el caso del sector energético, hace necesaria la participación del órgano de competencia en asuntos y decisiones de política económica a través de una labor de supervisión y recomendación de los diversos proyectos normativos que puedan afectar a la competencia efectiva en los mercados energéticos.

Por otra parte, la continua creación de foros y grupos de trabajo a nivel no sólo europeo sino también internacional ha despertado un importante interés en la participación de miembros del Servicio en los mismos, contribuyendo al debate de las reformas normativas y de los aspectos sustanciales que afectan al análisis de las concentraciones y resultando todo ello, en numerosas ocasiones, en la elaboración de directrices útiles para la aplicación del control de concentraciones y para la investigación de conductas restrictivas bajo diferentes normativas nacionales, comunitarias e internacionales. Concretamente, los foros en materia de energía creados por la Red Europea de Autoridades de Competencia (European Competition Network Energy Subgroup) y por el grupo ECA (European Competition Authorities) han experimentado un fuerte impulso en el último año, con el objetivo de alcanzar unas directrices para la aplicación al sector energético de la política de defensa de la competencia.

Finalmente, los procesos de regionalización de los mercados energéticos obligan a mantener un estrecho seguimiento de los mismos y de sus efectos sobre elementos fundamentales del análisis desde la perspectiva de defensa de la competencia como son las definiciones de mercado de producto y mercado geográfico. A este respecto, la implantación del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL) supone un reto regulatorio al ligar los sistemas eléctricos de España y Portugal, asimétricos en dimensión y configuración. Por ello, desde el SDC se ha realizado un seguimiento muy directo de los pasos para la creación del MIBEL y de sus potenciales consecuencias desde el punto de vista de la defensa de la competencia. Asimismo, la colaboración con otros Estados miembros, y en particular con Portugal en el ámbito de energía del grupo ECA, se ha plasmado en la elaboración de un estudio sobre el progreso alcanzado en la integración de los mercados energéticos en Europa.

2. EXPEDIENTES NACIONALES

A lo largo del año 2004, la actividad de instrucción del SDC en materia de energía ha sido extensa, tanto en el ámbito del control de concentraciones como de conductas restrictivas. Destacan especialmente las opera-

ciones de concentración N-04073, Disa/Shell Peninsular/Shell Atlántica, y N-04088, Shell España/Cepsa¹.

El 24 de septiembre de 2004 fue notificada al Servicio la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de Disa Corporación Petrolífera, S. A., del 100 por 100 del capital de Shell Atlántica, S. L., y Shell Peninsular, S. L., lo que suponía la adquisición de los activos de Shell en la distribución minorista de combustibles en estaciones de servicio y en la distribución directa o extra-red de combustibles en España, además de la prestación de servicios de almacenamiento de productos petrolíferos en Melilla y parcialmente en Canarias.

La concentración se enmarcaba dentro del proceso de desinversión estratégica por parte de Royal Dutch-Shell de parte de sus activos en Portugal y España. Dicho grupo decidió realizar la venta de esos negocios en el sector de los hidrocarburos líquidos en tres bloques diferenciados: Portugal, España peninsular y las Islas Canarias, Ceuta y Melilla. Los activos localizados en Portugal fueron vendidos a Repsol YPF, dando lugar a la operación comunitaria COMP/M. 3516, Repsol/Shell Portugal, y los sitios en España peninsular, Canarias, Ceuta y Melilla, a Disa, dando lugar al expediente N-04073 del SDC.

El 25 de octubre de 2004 el Ministro de Economía y Hacienda resolvió enviar el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia, al considerar que la operación podría alterar la estructura de la oferta en los mercados canarios de distribución minorista de combustibles y de distribución extra-red de gasóleos. En cuanto a los primeros, se reforzaba el liderazgo de Disa en Canarias y desaparecía Shell Atlántica —el segundo operador canario—, en un mercado con sustanciales barreras de entrada (integración vertical, contratos de suministro en exclusiva, dificultad de replicar las redes de estaciones de servicio ya existentes, marca propia, conversión de estaciones de servicio en áreas «multiservicio», programas de captación y fidelización de clientes), lo que podría suponer una reducción de presiones competitivas y un aumento del riesgo de coordinación, particularmente en atención a la relación preexistente entre Disa y Cepsa. Respecto a la distribución extra-red de gasóleos, Cepsa continuaba siendo el principal operador del mercado canario, se reforzaba la posición de Disa como segundo operador y desaparecía el tercer competidor —Shell—.

Por otra parte, el contacto entre el Presidente de Disa y los consejeros de Cepsa podría elevar, mediante intercambio de información, el riesgo de coordinación de su comportamiento en las diversas fases del mercado de hidrocarburos en las que dichas entidades están presentes.

Además, el Ministro de Economía y Hacienda resolvió el levantamiento parcial de la suspensión de la operación en lo relativo a la adqui-

¹ Otros expedientes nacionales de concentraciones en 2004 fueron las operaciones N-04043, GALP/BP; N-04072, Diselcide/Berrueza; N-04081, Acciona/CEHN y N-04091, Iberdrola/Factor Energía.

sición por Disa de Shell Peninsular, al considerar que no cabía prever que de la ejecución de la operación en los mercados peninsulares se derivaran perjuicios sustanciales e irreversibles para la competencia durante el período máximo, en el que se produjera la decisión final del Consejo de Ministros.

En su informe de 22 de diciembre de 2004, el Tribunal de Defensa de la Competencia descartó problemas de competencia en los mercados de venta mayorista de productos petrolíferos y de servicios de almacenamiento y en las ventas minoristas a través de estaciones de servicio en la Península. Sin embargo, concluyó que la operación podía resultar en una obstaculización de la competencia efectiva en el mercado canario de venta minorista de productos petrolíferos a través de estaciones de servicio, debido a la dependencia de Disa con respecto a Cepsa en el mismo. Por ello, el Tribunal estimó que la operación podría autorizarse subordinada a diversas condiciones.

En línea con la propuesta del Tribunal, el Consejo de Ministros acordó, el 21 de enero de 2005, la subordinación de la operación al cumplimiento de diversas condiciones. En primer lugar, prohíbe durante cinco años la presencia cruzada de miembros del Consejo de Administración en los grupos Disa y Cepsa. En segundo lugar, prohíbe a Disa que durante cinco años incremente el número de estaciones de servicio de su red en Canarias, estableciendo una moratoria similar a la que en su día se dispuso para Repsol y Cepsa en el ámbito nacional mediante el Real Decreto-ley 6/2000. Además, ordena a Disa el desarrollo de una bandera propia para las estaciones de su red en Canarias, ajena a la bandera de Cepsa, prohibiendo, entretanto, que aumente el número de gasolineras de su red abanderadas por Cepsa. Por último, dispone la vigilancia de los precios de venta al público en las estaciones de servicio de Disa por parte del SDC.

Otra operación relevante en materia de concentraciones en el año 2004 fue la N-04088, Shell España/Cepsa. Con fecha 1 de octubre de 2004, la Comisión Europea recibió la notificación relativa a la adquisición de plenas funciones por parte de Spanish Intoplane Services, S. L. (SIS), sociedad constituida por Shell España y Cepsa para la prestación de servicios de puesta a bordo de combustibles de aviación (servicios «*intoplane*») en los aeropuertos de la Península y Baleares, al resultar adjudicataria de las concesiones para los aeropuertos de Alicante, Málaga y Sevilla el 3 de agosto de 2004.

Las autoridades españolas estimaron que la operación amenazaba con afectar a la competencia en diversos mercados de servicios «*intoplane*» en España, que presentaban todas las características de un mercado definido, concretamente, los mercados de suministro a bordo de queroseno de aviación de Alicante, Málaga y Sevilla.

Adicionalmente, señalaban que el mercado de servicios de puesta a bordo se encuentra inmerso en un intenso proceso de liberalización² caracterizado por la concesión de licencias para operar en los distintos aeropuertos, de manera que la creación por Cepsa de la *joint venture* SIS para competir en dicho mercado podría suponer la sustitución de dos competidores efectivos por un único competidor en aquellos casos en que decidieran optar por concursar conjuntamente³ por la licencia de un aeropuerto. Por tanto, podría reducirse el número de competidores en un mercado de por sí oligopolístico, reduciéndose la presión competitiva en el mercado.

Adicionalmente, se consideró que se trataba de un mercado caracterizado por importantes barreras de entrada. En efecto, el mercado de servicios «*intoplane*» está regulado por concesiones otorgadas por AENA, creándose una competencia por el mercado, dado que los mismos operadores compiten por las concesiones en los distintos aeropuertos en la Península y Baleares, independientemente de su ubicación. Se trata de concesiones otorgadas en la mayoría de los casos a uno o dos operadores durante un período de siete años de duración.

Por otra parte, la operación amenazaba con afectar de forma significativa a la competencia en el mercado de suministro de queroseno de aviación, verticalmente relacionado con el suministro a bordo de queroseno de aviación, en el que están presentes tanto Shell como Cepsa al ser operadores verticalmente integrados.

En atención a todo lo anterior, sobre la base de lo previsto en el art. 9 del Reglamento 139/2004, se solicitó a la Comisión Europea la remisión del caso con el fin de que se aplicara la legislación nacional de defensa de la competencia al mismo. La operación fue finalmente reenviada a las autoridades españolas el 23 de noviembre de 2004.

En su informe, en línea con la visión de la Comisión, el Servicio consideró que en el mercado de suministro cabe diferenciar dos mercados separados: el mercado de servicios de puesta a bordo del combustible de aviación o servicios «*intoplane*» y el mercado, verticalmente relacionado, de suministro de combustibles de aviación.

A partir de la actividad que desarrollaría la empresa conjunta SIS, se consideró como relevante a los efectos del análisis de la operación de concentración el mercado separado de servicios de puesta a bordo de combustible de aviación. Sin embargo, dada la relación vertical con el mercado de suministro de combustibles de aviación, se optó por analizar el mercado relacionado, en el que están presentes tanto Shell España como Cepsa.

² Siguiendo las directrices apuntadas por la Directiva Europea 96/67/EC, de 15 de octubre de 1996, para el acceso al mercado de *handling* en tierra en los aeropuertos comunitarios.

³ Únicamente en el caso de que SIS no presente una oferta para una determinada concesión podrán competir por ella Cepsa y Shell por separado.

En cuanto al mercado geográfico, se consideró que en el mercado relevante de servicios de puesta a bordo existen dos tipos de competencia. Por un lado, existe una competencia inicial «por el mercado» en la fase de licitación, dado que los competidores pueden definir su estrategia a nivel nacional y presentar ofertas en diversos aeropuertos. Sin embargo, una vez adjudicada la licencia, se estima que el ámbito geográfico de competencia en los servicios *into-plane* es local, en la medida en que esta competencia se produce en el mercado dentro del propio aeropuerto, siendo los únicos competidores aquellas empresas que cuentan con la concesión para operar en el mismo.

Desde la perspectiva de la competencia por el mercado, tanto la Comisión como el Servicio concluyeron que la operación suponía un refuerzo de la posición de las matrices en los mercados de «*intoplane*» en la Península y Baleares, al reducirse los competidores presentes de cuatro a tres. En efecto, tras la operación, la estructura competitiva se centraría en tres grandes operadores muy relacionados con los mercados de hidrocarburos líquidos: CLH Aviación (tradicional monopolista de este mercado hasta el inicio del proceso de liberalización), Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación, S. L. (empresa conjuntamente controlada por Repsol y BP), y SIS, eliminándose un competidor como resultado de la coordinación de Shell y Cepsa en el mercado de servicios «*intoplane*».

Desde la perspectiva de la competencia en el mercado de cada aeropuerto, se estimó que la integración vertical de las matrices podría afectar a la competencia efectiva tanto en el mercado local de servicios «*intoplane*» (debido a la posible discriminación favorable hacia las matrices en la prestación del servicio) como a la competencia «por» el mercado a nivel nacional a través de las licitaciones de AENA, que podría valorar la seguridad de suministro de combustible en el caso de operadores «*intoplane*» verticalmente integrados.

Por otra parte, la operación podía afectar a la competencia efectiva en el mercado de suministro de combustible de aviación, en la medida en que las matrices podrían decidir coordinar su actividad también en este ámbito, reforzando su posición en los aeropuertos afectados por la operación, en los que precisamente se alcanzaban las mayores cuotas conjuntas de las matrices. A este respecto, tanto la Comisión Europea como la Comisión Nacional de la Energía (CNE), en su informe elaborado a petición del Servicio, consideraron que, dada la importante presencia de las partes en los mercados locales de suministro del combustible, no podía descartarse que tuvieran incentivos a discriminar, a través de SIS, a sus competidores mediante menores márgenes en el componente de «*intoplane*», así como a través de la calidad de servicio ofrecida por su filial común. En efecto, además de las barreras económicas a la entrada, el proceso y los términos de las adjudicaciones del servicio de puesta a bordo podrían suponer una barrera legal para potenciales competidores en el mercado de «*intoplane*».

Finalmente, la CNE puso de manifiesto que, en el Acuerdo de Accionistas suscrito por las partes, se contemplaba, únicamente para el caso de prestación de servicios a terceros no socios, condicionamientos relacionados con la capacidad operativa de SIS, lo que podía suponer un tratamiento discriminatorio favorable hacia las matrices.

Por ello, con el fin de analizar en profundidad la operación para descartar cualquier obstaculización al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados relevantes, el Ministro de Economía y Hacienda resolvió enviar el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia. Asimismo, se decidió levantar parcialmente la obligación de suspensión en lo relativo a la ejecución de la operación en los aeropuertos de Alicante, Málaga y Sevilla, y a la firma de los documentos administrativos necesarios en el caso de que SIS resultase adjudicataria en el aeropuerto de Madrid-Barajas, para el que había presentado una oferta poco tiempo antes de la notificación de la creación y adquisición de plenas funciones de SIS, si bien la autorización no conllevaría el inicio de las actividades en dicho aeropuerto.

En su informe de 9 de marzo de 2005, el Tribunal descartó problemas de competencia en el mercado de servicios de puesta a bordo y reconoció que la complementariedad de Cepsa y Shell en estos servicios podría originar eficiencias que, en su caso, compensasen los posibles efectos restrictivos sobre la competencia. No obstante, el Tribunal consideró necesario garantizar que la comercialización de querosenos y lubricantes por SIS se restringiera exclusivamente a las imprescindibles necesidades técnicas del servicio, impidiendo la coordinación de las empresas notificantes, así como la eliminación de la posible preferencia de sus miembros frente a terceros en el mercado de servicios de puesta a bordo.

En línea con las condiciones directamente ligadas a la actuación de las partes en la operación que fueron propuestas por el Tribunal, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de abril de 2005 dispuso la obligación de modificar los acuerdos de constitución y funcionamiento de SIS, limitando sus actividades en los mercados de comercialización de querosenos y lubricantes a las imprescindibles necesidades técnicas. Asimismo, estableció la obligación de eliminar toda posible preferencia de las matrices frente a terceros en la obtención de los servicios de puesta a bordo de SIS, incluidos los condicionamientos asociados a la capacidad operativa, asegurando la objetividad, transparencia y no discriminación en la prestación del servicio.

En cuanto a los expedientes sancionadores más destacados, como es sabido, en materia de conductas restrictivas sólo las resoluciones del TDC, pero no las actuaciones del SDC, son públicas. Por ello y a pesar de que la actividad de la Subdirección de Conductas Restrictivas en este campo ha sido intensa en 2004⁴, las referencias que se pueden hacer son limitadas.

⁴ Algunos expedientes de conductas en 2004 fueron el Expediente 547/02, Gas Natural Alicante, y el Expediente 570/2003, Gas Extremadura.

En el ámbito del sector eléctrico destaca especialmente la investigación relativa a la resolución de restricciones técnicas. Se ha analizado si determinados grupos de generación realizan sus ofertas de energía al *pool* a precios excesivos, buscando su retirada del mercado diario para ser llamados a producir en el proceso de solución de restricciones técnicas, lo que, dada la regulación vigente hasta 2004⁵, permitía obtener una remuneración mayor por su producción que si hubieran resultado casados en el mercado diario.

En cuanto al mercado del gas, a partir de un informe de la CNE, el 31 de marzo de 2003 el Servicio incoó, de oficio, un expediente sancionador (expediente núm. 2430/02) contra el Grupo Gas Natural, en relación con el contrato firmado el 27 de julio de 2001 entre Enagás, S. A. (por aquel entonces, filial del Grupo Gas Natural), y Gas Natural Comercializadora, S. A. El 9 de junio de 2004 el Servicio remitió al Tribunal un informe propuesta de sanción, estando pendiente de resolución⁶.

De entre las diligencias previas a una posible incoación de expediente, cabe señalar la relativa a las campañas publicitarias de la llamada «energía verde»⁷.

3. CASOS COMUNITARIOS

Desde la Comisión Europea, la actividad de la Dirección General de Competencia (DG COMP) en el sector energético también fue significativa. Destacan especialmente las operaciones de concentración M.3440, EDP/ENI/GDP; M.3448, EDP/Hidrocarbónico, o M.3516, Repsol YPF-Shell Portugal, y los casos de conductas restrictivas COMP/38.348, Repsol, y COMP/36.246, Marathon/Ruhrgas/GDF.

Uno de los casos comunitarios más interesantes del último año fue la operación consistente en la adquisición del control conjunto por Electricidade de Portugal, S. A. (EDP), y Eni SPA (ENI) de Gás de Portugal SGPS, S. A. (GDP). Las autoridades portuguesas no solicitaron el reenvío del caso, pero la Comisión consideró que sí debían analizar la parte de la operación correspondiente a la adquisición por Rede Eléctrica Nacional del control de la red de gas natural de Portugal a cambio de su salida de GDP⁸, por carecer de dimensión comunitaria.

⁵ Básicamente el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre.

⁶ Las referencias r 604/03 v y r 604/04 v son Resoluciones del TDC a los recursos que se han interpuesto ante él por este caso.

⁷ La CNE publicó el informe que remitió al SDC y al Instituto Nacional de Consumo http://www.cne.es/pdf/cne11_04.pdf.

⁸ En una primera fase de la operación, EDP adquiriría el 33,34 por 100 de GDP y ENI y REN el 33,33 por 100, respectivamente. Posteriormente, se produciría la salida de REN de GDP a cambio del control de la red de gas natural de Portugal, de forma que EDP (51 por 100) y ENI (49 por 100) controlarían conjuntamente GDP.

En el *Statement of Objections* de la Comisión, se declaraba la operación notificada incompatible con el mercado común, ya que suponía el refuerzo de la posición de dominio de EDP en los mercados de comercialización, distribución a grandes clientes industriales, distribución de bajo voltaje y servicios complementarios, así como el refuerzo de la posición dominante de GDP en los mercados de suministro de gas natural a centrales de ciclo combinado, a distribuidores locales de gas natural, a grandes clientes industriales y a pequeños consumidores en Portugal.

A pesar de que las partes presentaron diversos compromisos, la Comisión consideró que todas las versiones de compromisos presentadas seguían siendo insuficientes para corregir los efectos negativos sobre la competencia que se derivarían de la operación y, en particular, de la eliminación de GDP como potencial competidor en los mercados afectados.

Un aspecto relevante del análisis de la operación llevado a cabo desde el SDC fue la definición del mercado geográfico. En el formulario de notificación, las partes definían un mercado ibérico de generación de electricidad alegando la reciente firma del Convenio Internacional entre España y Portugal para la Constitución del MIBEL (20 de enero de 2004). Sin embargo, la visión tanto del Servicio como de los reguladores del sector en España, CNE, y Portugal, ERSE, difería de la de la notificante en lo referente a la definición geográfica del mercado eléctrico, dado que, a pesar de la firma de Convenio bilateral, el MIBEL no está aún operativo. Finalmente, la Comisión, en línea con las posiciones antes descritas, señaló en su decisión de aplicación del art. 6.1.c), para pasar la operación a segunda fase, que el ámbito geográfico del mercado de generación es nacional, a pesar de las alegaciones de las partes.

En noviembre se celebró en Bruselas el Comité Consultivo relativo al caso. Durante el mismo, la mayoría de los representantes de los Estados miembros valoraron positivamente el análisis realizado por la Comisión y apoyaron la propuesta de no autorización de la operación por la insuficiencia de los compromisos presentados.

Finalmente, con fecha 9 de diciembre de 2004, la Comisión decidió prohibir la operación, en aplicación del art. 8.3 del Reglamento 4064/1989, sobre el control de concentraciones entre empresas.

Otra de las operaciones que se enmarcan en el reciente proceso de reestructuración de los mercados eléctrico y gasista de Portugal fue la adquisición por parte de EDP del control exclusivo sobre Hidroeléctrica del Cantábrico, notificada a Bruselas en el momento en que la Comisión había decidido pasar a segunda fase la operación M.3440, EDP/ENI/GDP.

La operación consistía en el paso de control conjunto ejercido por EDP (39,519 por 100), en BW (34,579 por 100), CAJASTUR (17,567 por 100) y CÁSER (7,132 por 100) a control exclusivo por parte de EDP sobre la eléctrica española. Para ello, EDP adquiriría una participación del 4,1 por 100

a CÁSER y del 17,5 por 100 a CAJASTUR, que, a cambio, recibiría diversas acciones en EDP. En definitiva, la operación suponía un incremento de la participación de EDP en Hidrocantábrico hasta alcanzar el 95,7 por 100, permaneciendo un 3,1 por 100 en manos de CAJASTUR/CÁSER y el resto entre accionistas minoritarios.

Aunque en un principio se planteó la posibilidad de solicitar el reenvío del expediente, finalmente se consideró más adecuado que fuera analizada la operación por la Comisión al mismo tiempo que la operación EDP/ENI/GDP, dados los efectos que ésta podría tener sobre la primera.

A este respecto, se consideró que el cambio de control conjunto a control exclusivo no obstaculizaría de forma significativa la competencia efectiva en los mercados relevantes de generación, distribución eléctrica y distribución de gas. En particular, la Comisión consideró que los efectos sobre el mercado eléctrico español eran poco relevantes dada la distancia entre la posición de Hidrocantábrico y la de los principales operadores (Endesa e Iberdrola), mientras que en el mercado de gas subrayaba que la única actividad llevada a cabo por la adquirente en el mercado gasista español era a través de Hidrocantábrico, como resultado del control conjunto que ejercía sobre ésta. Por otro lado, en el mercado portugués, la actividad marginal de Hidrocantábrico eliminaba la posibilidad de que el cambio en la estructura de control afectara significativamente a la competencia en el mismo.

En definitiva, la Comisión consideró que se trataba de operadores cuya actividad se producía en mercados geográficos diferentes y que, por tanto, la operación no generaba solapamientos importantes en los mercados relevantes. Por ello, el 9 de septiembre de 2004, la Comisión autorizó la operación en primera fase, de conformidad con lo establecido en el art. 6.1.b).

Por lo que respecta al ámbito de conductas restrictivas, en el año 2004 destaca el caso COMP/38.348, Repsol, directamente relacionado con la actuación del SDC en los años anteriores. El 11 de diciembre de 2001, la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de Andalucía y la Asociación de Propietarios de Estaciones de Servicio y Unidades de Suministro de España formularon ante el SDC una denuncia contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A. (Repsol CPP), por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en la modificación unilateral de contratos de compra exclusiva de carburantes manteniendo condiciones no autorizadas por la nueva legislación de restricciones verticales.

Mediante Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia r 536/02, de 3 de noviembre de 2003, se revocó el acuerdo de archivo de la denuncia y se instó al Servicio a que continuara la instrucción del expediente.

El 20 de diciembre de 2001 (de forma casi simultánea a la presentación de la denuncia ante el SDC), Repsol CPP notificó a la Comisión los contratos tipo que definían las condiciones en que preveía distribuir los carburantes para vehículos automóviles a través de estaciones de servicio en España. Tras la evaluación preliminar de la Comisión, de 18 de junio de 2004, Repsol CPP se comprometió hasta el 31 de mayo de 2010 a cumplir diversas condiciones.

Repsol CPP se compromete a ofrecer a las empresas que explotan estaciones de servicio que le hayan concedido un derecho real temporal (de usufructo o de superficie) sobre la estación de servicio y que simultáneamente han adquirido el carácter de arrendatarios temporales la posibilidad de «rescatar» el derecho real antes de la fecha de terminación del contrato prevista.

Asimismo, respetará una duración máxima de cinco años para los nuevos contratos de distribución de carburantes con empresas que explotan estaciones de servicio cuya propiedad no ostente Repsol CPP y no comprará estaciones de servicio previamente existentes que sean de plena propiedad de sus explotadores (estaciones DODO) y que no estén abastecidas en exclusiva por Repsol CPP, es decir, ajenas a su red, hasta el 31 de diciembre de 2006.

Adicionalmente, Repsol CPP hará publicidad anticipada del vencimiento de los contratos de distribución de combustible con las estaciones de servicio, así como de la posibilidad de ejercitar la terminación anticipada de los contratos que contengan derechos reales.

El 20 de octubre de 2004 la Comisión manifestó⁹ que esos compromisos podrían incrementar las posibilidades de los competidores potenciales de Repsol CPP de establecerse en el mercado de la venta al por menor de combustibles y de los competidores existentes de aumentar su cuota de mercado, lo que, unido a los medios alternativos de entrada y expansión en el mercado (como la compra de redes de distribución existentes pertenecientes a otros proveedores o la apertura de nuevos puntos de venta), les permitiría alcanzar en un plazo razonable de tiempo el número mínimo de puntos de venta necesario para la explotación rentable de un sistema de distribución en este sector, es decir, para una entrada efectiva en el mercado.

Asimismo, la Comisión comunicaba que próximamente adoptaría una decisión en relación con esos compromisos, tras analizar las observaciones que eventualmente realizaran terceros interesados.

También cabe señalar el fin de las actuaciones de la Comisión relativas a la negativa, en diversas ocasiones a lo largo de los años noventa,

⁹ Comunicación publicada de conformidad con el apartado 4 del art. 27 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, relativa al asunto COMP/38.348. — *Repsol CPP, S. A.* — (DOCE, de 20 de octubre de 2004).

del acceso a las redes gasistas de la Europa continental por parte de un conjunto de empresas alemanas (Ruhrgas, Thyssengas, BEB y Gasunie), así como de la francesa Gaz de France, a la filial noruega de la productora de gas y petróleo americana Marathon.

Las investigaciones en este ámbito comenzaron a raíz de la denuncia presentada por Marathon. Si bien esta entidad retiró su denuncia y emprendió un proceso de arbitraje con las empresas a las que denunciaba, la Comisión decidió continuar de oficio sus investigaciones para prevenir abusos similares en el futuro. Las actuaciones de la Comisión en relación con Thyssengas se cerraron en noviembre de 2001, las relativas a BEB y Gasunie, en 2003 y, finalmente, las relacionadas con Gaz de France y Ruhrgas, en abril de 2004, tras la aceptación en todos los casos de condiciones relativas a la aplicación de las reglas TPA (*three party access* o acceso de terceros a la red), como, entre otros, de esquemas tarifarios especiales, regímenes de reserva de capacidad, mercados secundarios de derechos de capacidad, gestión de congestiones, transparencia y resolución de peticiones de acceso.

Todos estos compromisos pretenden contribuir a un mejor funcionamiento de los mercados de transmisión de gas en la Europa continental y de las condiciones de competencia en los mercados de oferta de gas, facilitando así el comercio doméstico e internacional.

4. RELACIONES INTERNACIONALES

Además de su actividad cotidiana, centrada en el análisis de operaciones de concentración y conductas restrictivas, el SDC cada vez está más interesado en los foros internacionales sobre la energía y viene participando activamente en numerosos debates, como los que tienen lugar en los foros en materia de energía creados por la Red Europea de Autoridades de Competencia (European Competition Network Energy Subgroup) y por la ECA (European Competition Authorities), los cuales han experimentado un fuerte impulso en el último año, con el objetivo de alcanzar unas directrices para la aplicación al sector energético de la política de defensa de la competencia.

Uno de los principales retos de la modernización de la política comunitaria de defensa de la competencia es garantizar una correcta asignación de casos y aplicar de forma consistente las legislaciones nacionales y comunitaria. Con ese objetivo, el Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, prevé diversos instrumentos, entre ellos, la denominada «Red Europea de Competencia» o ECN.

En septiembre de 2004 se celebró el *Energy Day*, una jornada en la que la Comisión y los representantes de los Estados miembros (tanto

autoridades de competencia como reguladores) discutieron diversos asuntos relacionados con los mercados energéticos en la UE y acordaron la creación de un subgrupo en el seno de la European Competition Network (ECN) que en adelante, se ocuparía del análisis del sector energético desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

En respuesta a ese objetivo, el 10 de diciembre de 2004 se celebró en Bruselas la primera de reunión del ECN Energy Subgroup, que tiene previsto convocar cuatro reuniones anuales. En ella se adquirió el compromiso de estudiar los mercados eléctrico y de gas, con especial atención en los asuntos de interés para cada uno de los Estados miembros, como problemas de competencia en el mercado de la electricidad o peculiaridades de los mercados del gas y electricidad en los Estados insulares.

En dicha reunión se discutió sobre los contratos de gas a largo plazo. En el ámbito del mercado del gas se pueden distinguir dos tipos básicos de contratos de suministro: *upstream*, entre productores e importadores, y *downstream*, entre importadores, por un lado, y distribuidores, comercializadores o clientes industriales, por otro. Los primeros han sido ampliamente estudiados y generalmente se admiten como forma de garantizar las inversiones de los productores en activos específicos. En la actualidad son los segundos los que centran la atención de las autoridades de competencia.

La situación que se plantea es la de un suministrador/importador único o principal de gas en cada país, que establece cláusulas de exclusividad a sus clientes, explícitas o implícitas, generalmente de duración y/o volumen excesivos. En algunos casos esos contratos se firmaron antes de la liberalización, bajo una regulación diferente e incluso siendo expresamente autorizados por la Comisión. Sin embargo, bajo el proceso de liberalización, esos contratos pueden actuar como cierre a la entrada de nuevos operadores e impedir que aumente la liquidez del mercado, por lo que es necesario determinar guías de actuación para valorar si las restricciones que generan son admisibles desde el punto de vista de los arts. 81 y 82 del Tratado.

Por otra parte, la Comisión anunció que tras la última revisión de la agenda de Lisboa se ha marcado el objetivo de realizar un *sectoral inquiry*, es decir, una investigación desligada de expedientes de competencia concretos, que tratará sobre el mercado de la electricidad y que tendrá como resultado unas *guidelines* o directrices, similares a las que ya ha publicado en otros sectores, como el de telecomunicaciones.

El SDC también participa activamente en la ECA (European Competition Authorities), foro constituido en 2001 para la discusión de las autoridades de competencia del Espacio Económico Europeo (Comisión Europea y autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros de la UE y de la EFTA).

Se trata de una asociación informal que se reúne al menos una vez al año con el objetivo de promover la cooperación entre autoridades y contribuir a una aplicación eficiente de la legislación de defensa de la competencia nacional y comunitaria. Hasta la fecha se han constituido grupos de trabajo en materia de concentraciones, tráfico aéreo, servicios financieros y programas de clemencia o *leniency*.

En la reunión celebrada en Trier en mayo de 2004 se acordó ampliar el ámbito de discusión de la ECA y, en con ese fin, el Servicio, las autoridades de competencia portuguesas y la Comisión se comprometieron a elaborar conjuntamente un documento sobre el sector energético que se presentaría con ocasión de la siguiente reunión de la ECA, en abril de 2005 en Londres.

Así, a partir del estudio de los expedientes más importantes desde la liberalización del sector energético de diversos Estados miembros y de la Comisión, tanto en los mercados de electricidad como de gas y tanto de conductas restrictivas como de concentraciones, se elaboró el documento titulado *A Comparative Overview of the Progress Achieved to Date in the Construction of EU Energy Market. Outline of Proposed Areas for Investigation*, en el cual se identifican los principales problemas de competencia detectados y las condiciones o remedios impuestos desde 1999.

El objetivo último del documento es el establecimiento de criterios comunes, en cuanto a métodos de investigación y valoración, para el análisis desde el punto de vista de la defensa de la competencia de las conductas y concentraciones en mercados energéticos, en el marco de una regulación sectorial dada.

Otra vía de intervención del SDC a nivel internacional y, en particular, en las decisiones relativas a casos comunitarios, es su participación en los Comités Consultivos de la Comisión.

En el caso de las operaciones de concentración, cuando una operación pasa a segunda fase y la Comisión decide celebrar un Comité Consultivo, se designa a un Estado miembro como encargado de la elaboración del cuestionario que permitirá a los representantes de las distintas autoridades de competencia nacionales opinar sobre las conclusiones alcanzadas por la Comisión en su pliego de cargos.

En el ámbito energético, el pasado año se celebró un comité relacionado con el caso M.3440, EDP/ENI/GDP, al que asistió un representante del Servicio. La reunión, a la que asistieron los representantes de diez Estados miembros, incluida España, tuvo como ponente a un representante de la OFT (autoridad de competencia de Reino Unido).

El Comité Consultivo concluyó con una visión mayoritaria sobre la insuficiencia de los compromisos presentados por las partes y la recomendación de la publicación de la opinión del Comité Consultivo en el *DOCE*.

5. REGULACIÓN Y COMPETENCIA

Desde la perspectiva de competencia, la interrelación entre competencia y regulación resulta fundamental en la medida en que los cambios regulatorios pueden generar o contribuir a eliminar aspectos que afecten directamente al funcionamiento y mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados. En el caso de los mercados energéticos, dada la complejidad y el elevado carácter técnico de la normativa aplicable, esta interrelación cobra una importancia fundamental.

Así, algunas preocupaciones desde el punto de vista de la política de defensa de la competencia son tenidas en cuenta a la hora de elaborar y redactar la normativa sobre regulación de los mercados energéticos.

Éste es el caso de una disposición legal que tendrá especial impacto en el análisis de posibles conductas restrictivas en el sector eléctrico: el recientemente aprobado Real Decreto 2351/04, de 23 de diciembre, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico.

De acuerdo con las reglas de mercado del *pool* eléctrico español, una vez realizada la casación en el mercado diario, el Operador del Sistema (OMEL) evalúa la viabilidad técnica del Programa Diario Base de Funcionamiento. Si el resultado de la casación del mercado diario más las ejecuciones de los contratos bilaterales físicos no respetan la capacidad máxima de intercambio entre sistemas eléctricos o los requisitos de seguridad, un procedimiento conjunto del Operador del Mercado y del Operador del Sistema (REE) da solución a dichas restricciones técnicas, modificando, en el primer caso, las compras o ventas desde sistemas eléctricos externos que provoquen el exceso de intercambio en la interconexión y, en el segundo, la asignación de energía de las unidades de producción.

En los más de seis años de funcionamiento del *pool* eléctrico español se han puesto de manifiesto algunas deficiencias en ese procedimiento de resolución de restricciones técnicas. Este servicio se presta en la mayor parte de las ocasiones en situación de monopolio, debido a que los problemas presentados suelen ser de tipo local y la propiedad de las plantas de generación en un área geográfica suele estar concentrada en una sola empresa.

El Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, disponía que las ofertas del mercado diario debían ser las mismas que las utilizadas para la resolución de restricciones técnicas y la retribución de las unidades de producción llamadas a resolver las restricciones era la diferencia entre el precio de la oferta que resolvía las restricciones y el precio marginal del mercado diario. Esta regulación ha facilitado diversas situaciones de abuso de posición de dominio por precios excesivos, que han sido analizadas

por el SDC y por el TDC¹⁰. Además, los sobrecostes de las restricciones eran asignados a todos los compradores del mercado diario.

El Real Decreto 2351/04 modifica al Real Decreto 2019/1997 en diversos aspectos, de entre los que cabe señalar dos especialmente relevantes para la defensa de la competencia. Por un lado, las ofertas de las unidades que participan en el proceso de resolución de restricciones se deben presentar una vez conocido el resultado del mercado diario y antes de conocerse las restricciones técnicas que pudieran afectar a la ejecución del programa diario base de funcionamiento.

Por otro lado, las disminuciones de energía respecto al programa diario base de funcionamiento se consideran anulaciones del programa correspondiente, no generándose ningún derecho de cobro u obligación de pago por dicha energía, de modo que no se generen sobrecostes para el sistema.

Estas medidas pretenden eliminar los incentivos de los productores a la retirada estratégica de unidades de producción del mercado mediante la presentación de ofertas a precios excepcionalmente elevados que les garanticen que van a ser llamados a resolver restricciones, lo que hasta ahora les permitía percibir ingresos más altos que en el mercado diario.

6. ESTUDIOS DEL SECTOR ENERGÉTICO

El análisis desde la perspectiva de defensa de la competencia de cualquier sector económico requiere un conocimiento profundo de sus características y funcionamiento. Más aún si se trata del sector energético, dada su relevancia y su especial complejidad. Durante el año 2004 el SDC se ha centrado en dos aspectos fundamentalmente: por una parte, el impulso del Mercado Ibérico de Electricidad como consecuencia de los acuerdos alcanzados el pasado año, y, por otra, la creciente importancia del mercado de promoción y desarrollo de parques eólicos en el sistema eléctrico español.

Tras la firma del Convenio Internacional por el que se acuerda la constitución del Mercado Ibérico de Electricidad (MIBEL) entre el Reino de España y la República Portuguesa el 20 de enero de 2004, ha sido necesario realizar una revisión profunda de ambos mercados eléctricos, así como un análisis comparativo con el fin de establecer los posibles cambios que desde el punto de vista de la competencia supondrá la entrada en vigor del Convenio que, si bien inicialmente estaba prevista para el 20 de abril de 2004, ha sido retrasada hasta el verano de 2005.

¹⁰ Expediente 2338/01 del SDC (552/02 del TDC) y otras actuaciones posteriores que no pueden hacerse públicas por motivos de confidencialidad.

El acuerdo entre los Gobiernos de España y Portugal para la constitución del MIBEL pretende configurar un único mercado peninsular de 53 millones de personas que generará el 10 por 100 de la producción europea de la electricidad. De esta forma, el MIBEL sería el cuarto mercado por producción de la Unión Europea y el quinto por consumo, con una facturación anual entre 19.000 y 20.000 millones de euros.

La implantación del MIBEL supone un reto regulatorio al ligar dos sistemas eléctricos asimétricos en dimensión y configuración, que impiden hablar por el momento de la materialización inmediata de un mercado ibérico único. El modelo de organización del MIBEL apunta a una solución mixta que supera los actuales modelos español y portugués, en el que existen cuestiones regulatorias abiertas cuya resolución puede condicionar tanto la existencia de un verdadero mercado ibérico integrado como su nivel efectivo de competencia.

En efecto, desde el punto de vista de competencia, la creación del MIBEL tiene importantes implicaciones tanto desde la perspectiva de concentraciones, como de conductas y prácticas restrictivas.

En el primer caso, la creación y consolidación de un mercado ibérico podría conducir, en su caso, no sólo a la modificación de la dimensión geográfica de algunos mercados relevantes como la generación o la comercialización de electricidad, mercados de dimensión nacional en la actualidad, sino también una alteración del *ranking* tradicional de operadores principales dado el peso que tendría EDP en el mercado ibérico en su conjunto. Concretamente, el panorama empresarial del MIBEL se caracterizará por la existencia de cuatro grandes grupos¹¹, lo que obliga a prever mecanismos de control y de actuación adecuados, así como incentivos eficaces para el desarrollo de la competencia entre ellos y para la entrada de nuevos operadores. Se observa, asimismo, una convergencia entre los mercados eléctrico y gasístico, así como la progresiva «iberización» de las empresas, mediante la adquisición de activos, la inversión en nuevas centrales, el comercio mayorista transfronterizo y la venta a clientes finales de ambos países.

Desde la perspectiva de las conductas y prácticas restrictivas de la competencia en los mercados energéticos, derivadas en gran medida de la resolución de restricciones técnicas, cabe señalar que las diferencias regulatorias actuales entre España y Portugal dificultarían enormemente la detección de comportamientos anticompetitivos en el mercado ibérico. En tanto la capacidad de interconexión resulte insuficiente para la integración completa de ambos sistemas, será especialmente necesaria la adopción de medidas que reduzcan eficazmente el riesgo de ejercicio de poder de mercado en cada zona de precios.

¹¹ Endesa, Iberdrola, EDP-Hidrocarbónico y Unión Fenosa.

Asimismo, sin una cierta convergencia en la metodología de cálculo, costes y conceptos del sistema tarifario, resulta complejo que las señales de precios sean efectivas en el mercado ibérico. Concretamente, tanto los CTCs y las CMECS (compensaciones por costes varados que previsiblemente se derivarán de la eliminación de los contratos de adquisición de la energía —CAES— en Portugal), como los pagos por garantía de potencia afectan a la determinación de precios y a las barreras de entrada y salida en el mercado, por lo que sería necesario garantizar la consistencia de los mismos y limitar su efecto sobre el funcionamiento del mercado.

En 2004 el SDC también ha centrado su atención en el estudio de la promoción y desarrollo de parques eólicos. Recientemente, se han producido cambios normativos que han acelerado la contribución de la energía eólica al sistema eléctrico español. Concretamente, el nuevo Real Decreto sobre tarifas para el régimen especial¹² dificulta la consideración de la generación bajo dicho régimen especial como mercado separado, haciendo más necesario el optar por considerar como mercado relevante el mercado mayorista en su conjunto y de contratos bilaterales, en línea con lo establecido por el TDC¹³.

Por último, otro de los estudios iniciados en 2004 y recientemente finalizado es la elaboración de un documento conjuntamente con Portugal y la Comisión Europea, en el marco del grupo de energía de la ECA¹⁴.

El objetivo de este trabajo era determinar, a partir de los principales casos de concentraciones y conductas que se han planteado en los Estados miembros durante los últimos cinco años, los principales problemas de competencia a los que se han enfrentado las autoridades de competencia y en qué medida han afectado a la creación del mercado único de la energía.

Como conclusión al documento, se han propuesto algunas áreas de investigación interesantes referidas al estudio de la relación entre regulación y normativa de competencia, los acuerdos de uso de redes y capacidad de interconexión, el empleo de modelos de simulación, los remedios en conductas restrictivas y en control de concentraciones que puedan contribuir a incrementar el grado de sustituibilidad de proveedores en el mercado de distribución y el análisis de mecanismos para la integración de los mercados energéticos, a partir de las experiencias del *Nord Pool* y del Reino Unido.

¹² Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.

¹³ Dictamen del TDC de 27 de febrero de 2003 relativo a la operación N-298, Ibernova/Gamesa.

¹⁴ *A comparative overview of the progress achieved to date in the construction of the EU energy market*, ECA, 18 de abril de 2005.

7. CONCLUSIÓN

La actividad del SDC en relación con el sector energético ha sido muy intensa en 2004 y es de esperar que continúe así en el futuro. La instrucción en esta materia, compleja y laboriosa tanto en el ámbito de conductas como de concentraciones, deberá realizarse de forma paralela a la participación en los foros internacionales, especialmente mediante la colaboración en la definición de las directrices para la aplicación de la política de defensa de la competencia al sector energético en el marco de la ECN.

Asimismo, en el corto plazo, la nueva regulación de restricciones técnicas y, a más largo plazo, las propuestas de modificación o incluso supresión de la regulación de los costes de transición a la competencia, el Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España o la futura creación del MIBEL, ya no sólo en el ámbito de la electricidad sino también en el del gas, incidirán sobre el análisis de las operaciones, en aspectos tan relevantes como las definiciones de mercados de producto y mercados geográficos, operadores principales y prevención de prácticas anticompetitivas difícilmente detectables en algunos casos bajo la normativa vigente en la actualidad.

También hay que tener en cuenta la incidencia de la reforma de la LDC y, en particular, la modificación prevista en las relaciones de la nueva autoridad de competencia con los organismos reguladores con el fin de reforzar los mecanismos de colaboración y coordinación entre ambos tipos de órgano, y reducir las incertidumbres que se pudieran derivar del desempeño de las tareas que unos y otros tienen encomendadas.

En definitiva, el sector energético constituye un ámbito fundamental en la aplicación de la política de defensa de la competencia y prueba de ello son las numerosas actuaciones del SDC en la tramitación de expedientes, investigaciones de oficio y participación en foros internacionales que se han venido produciendo a lo largo del pasado año.

