

# EL ANÁLISIS DE LAS CONCENTRACIONES EN MATERIA ENERGÉTICA A LA LUZ DE LA CREACIÓN DE LA CNMC

Eva LECERTUA\*

María Jesús MARTÍN\*

## 1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley 3/2013 ha supuesto la integración en un único organismo de las anteriores entidades supervisoras de los sectores regulados y, entre éstas, la Comisión Nacional de Energía (a partir de ahora, CNE) y la autoridad de competencia, la extinta Comisión Nacional de Competencia (CNC).

Después de un año desde la puesta en marcha de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), existen numerosas opiniones en la literatura reciente que valoran los retos pendientes para el desarrollo de las complementariedades desde la perspectiva de la regulación sectorial y de las políticas *antitrust* en materia de defensa de la competencia<sup>1</sup>.

En la exposición de motivos de la Ley 3/2013 se citan, entre las ventajas de dicha integración, el aprovechamiento de las economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes, la puesta en común de los conocimientos y experiencia, así como la realización de una supervisión integrada de los sectores regulados con industrias de red y con características de monopolio natural en alguna fase de la actividad.

---

\* Adscritas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Las opiniones expresadas en el artículo son de las autoras y no del organismo CNMC.

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo: J. DELGADO y E. MARISCAL, «Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does It Work? Case Studies from Spain and Mexico», *Competition Policy International*, vol. 10, núm. 1, Spring 2014; C. GORRIZ, «The Spanish National Commission on Markets and Competition», *World Competition*, 37, núm. 3 (2014); J. M. MARÍN QUEMADA, «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: una nueva etapa para la Competencia y la supervisión regulatoria en España», *50 Aniversario de la primera Ley de Competencia en España*. ICE, núm. 876, enero-febrero de 2014.

En el caso específico del control de concentraciones en los sectores de la energía, la integración en un mismo organismo de las funciones de la autoridad de competencia y del organismo regulador de la energía, puede permitir la identificación más eficazmente de los problemas que dichas operaciones de concentración pueden suponer para la competencia efectiva en los mercados energéticos. Asimismo, dicha integración de organismos reduce los plazos máximos en la resolución de las operaciones de concentración, en tanto decae la obligación de la elaboración del informe preceptivo por el anterior organismo regulador, contemplado hasta entonces en la normativa, sustituyéndose por un informe preceptivo de la Sala de Supervisión Regulatoria de acuerdo con el art. 21.2 de la Ley 3/2013 y el art. 14, puntos 1 y 2, del Real Decreto 657/2013.

No obstante, estos cambios exigen una estrecha colaboración interna entre distintas Direcciones de la CNMC, para contar con la máxima información y con los conocimientos técnicos más específicos sobre los mercados y la regulación sectorial. Todo ello, evitando actuaciones redundantes y dirigiendo esfuerzos comunes para la supervisión *ex ante* de los mercados afectados por cada operación de concentración.

En este artículo se analiza, por una parte, el cambio que la Ley 3/2013 ha introducido en los procedimientos de operaciones en el marco del control de concentraciones energéticas y, por otra parte, las ventajas que de ello puede derivar con el ánimo de aprovechar las sinergias, acortar los plazos en la tramitación de expedientes sobre control de concentraciones y evitar duplicidades y contradicciones en los resultados de los mismos, que puedan afectar la seguridad jurídica.

El presente artículo se estructura de la siguiente forma. En el epígrafe 2 se resume el ámbito de actuación de las extintas CNC y CNE en materia de defensa de la competencia en los sectores energéticos. En el epígrafe 3 se citan las funciones que las anteriores CNE y CNC tenían legalmente atribuidas en relación con las operaciones de concentración en el sector energético, destacando las mínimas diferencias registradas entre los análisis efectuados por ambos organismos. En el epígrafe 4 se analizan los cambios que introduce la Ley 3/2013 en el procedimiento de operaciones de concentración, citando las ventajas que pueden generarse en términos de eficiencia en los procedimientos y seguridad jurídica. En el epígrafe 5 se cita la primera operación de concentración en el sector energético autorizada con compromisos por la nueva CNMC, como un ejemplo de la colaboración no reglada dentro de la propia CNMC. En el epígrafe 6 se destacan los principales retos de la CNMC en cuanto a una colaboración eficaz en la tramitación del control de concentración de operaciones energéticas. Por último, en el epígrafe 7, se resumen las principales conclusiones del artículo.

## 2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LAS EXTINTAS CNC Y CNE EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS ENERGÉTICOS

### A. LA SUPERVISIÓN DE LOS MERCADOS ENERGÉTICOS

El proceso de liberalización del sector eléctrico y gasista, igualmente al de otros sectores con características de industrias de red, conlleva la aplicación de una regulación específica cuyo fin es el desarrollo de la competencia efectiva.

Los mercados energéticos son especialmente vulnerables al poder de mercado. Así, en los mercados de electricidad e hidrocarburos se negocian estos productos básicos para las economías domésticas y para todos los sectores de la economía. Además se registra una baja elasticidad de la demanda de productos energéticos al precio en el corto plazo. Asimismo, no es factible o lo es con un coste elevado, el almacenamiento de dichos productos. Por otra parte, se exigen inversiones elevadas y tiempos largos de amortización en las actividades de generación eléctrica, producción e importación de gas y petróleo. Más aún, tanto para el suministro de gas natural como de electricidad, que son actividades en competencia, se precisa del acceso a infraestructuras con características de monopolio natural en redes, segmentación geográfica debida a restricciones de interconexión con otros países, y en las que la regulación juega un papel relevante.

El proceso de liberalización y armonización de la regulación en Europa, comenzado a finales de los años noventa, se ha ido orientando hacia la creación de un mercado europeo de la energía. Las Directivas 96/92/CE<sup>2</sup> y 98/30/CE<sup>3</sup>, derogadas por las 2003/54/CE<sup>4</sup> y 2003/55/CE<sup>5</sup>, identificaban la falta de integración entre los distintos mercados nacionales de energía y algunas dificultades para el desarrollo de la competencia efectiva, causadas por los elevados niveles de concentración en los mercados de electricidad y gas natural, y por la existencia de restricciones verticales (insuficiente grado de separación entre los productores, suministradores y distribuidores de electricidad y de gas natural). Asimismo, se ponía de manifiesto un insuficiente nivel de interconexión de infraestructuras entre los Estados miembros, la falta de transparencia sobre la información de mercados e infraestructuras y una escasa liquidez en algunos mercados mayoristas y minoristas de gas y electricidad.

<sup>2</sup> Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad.

<sup>3</sup> Directiva 98/30/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

<sup>4</sup> Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE.

<sup>5</sup> Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE.

El tercer paquete de medidas legislativas en materia de electricidad y de gas natural (Directivas 2009/72/CE<sup>6</sup> y 2009/73/CE<sup>7</sup>, respectivamente) establecieron un núcleo mínimo de tareas de supervisión de los reguladores energéticos para garantizar «la ausencia de discriminación, una competencia efectiva y un funcionamiento eficiente del mercado» (art. 23 de la Directiva de Electricidad y art. 25 de la Directiva de Gas). Dicha tarea supervisora abarca diferentes frentes<sup>8</sup> y se extiende, también, al nivel de transparencia y competencia en los mercados mayoristas y minoristas de electricidad y de gas natural.

En España las funciones de supervisión otorgadas a los organismos reguladores de energía se han ido incorporando de forma progresiva<sup>9</sup> en la legislación nacional y actualmente están configuradas en la Ley 3/2013 y el Real Decreto 657/2013.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), otorga a dicho organismo, entre otras, las funciones de supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos, de garantizar la transparencia y competencia en el sector eléctrico y en el sector de gas natural, incluyendo el nivel de los precios al por mayor.

Por otra parte, el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establece, en su art. 4, que cuando así resulte de la normativa de la Unión Europea o nacional, la CNMC tendrá la consideración de Autoridad Reguladora Nacional de los sectores de electricidad y gas natural.

## B. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS SECTORES ENERGÉTICOS: LA INTERACCIÓN ENTRE LAS EXTINTAS CNE Y CNC

Tanto desde la normativa en materia energética como desde el ámbito de defensa de la competencia, se persigue el objetivo común de garantizar la competencia efectiva en los sectores energéticos.

En Europa, con carácter general, las funciones de supervisión de los mercados energéticos recaen sobre los organismos reguladores sectoriales,

<sup>6</sup> Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

<sup>7</sup> Directiva 2009/73/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

<sup>8</sup> Desde la supervisión de las normas de gestión técnica del sistema, de los mecanismos de solución de congestiones en las infraestructuras, de la publicación de la información adecuada por parte de los gestores de las infraestructuras, de las condiciones de acceso, además de la certificación, de la supervisión de la separación de las actividades de transporte, regasificación, distribución, almacenamiento y suministro en el sector del gas, y de las actividades de generación, transporte, distribución y suministro en el sector eléctrico, así como de la separación funcional y de la separación efectiva de cuentas para evitar subvenciones cruzadas entre dichas actividades.

<sup>9</sup> Leyes 54/1997, 34/1998, 12/2007, 17/2007 y Real Decreto-Ley 13/2012.

existiendo mecanismos para la interacción entre el regulador sectorial con la autoridad de competencia.

En España, la Ley 54/1997 del sector eléctrico y posteriormente la Ley 34/1998 del sector de hidrocarburos, así como el Real Decreto 1339/1999<sup>10</sup>, determinaban el objeto de la CNE de velar por la competencia efectiva en los sistemas energéticos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento<sup>11</sup>. El cumplimiento de este objetivo se realizaba tanto a través del ejercicio de las funciones específicamente atribuidas a la CNE en la Ley del sector de hidrocarburos, como mediante sus actuaciones como órgano consultivo de las Administraciones Públicas en materia energética, a partir de su participación con propuestas o informes, en el proceso de elaboración de disposiciones generales que afectarían a los mercados energéticos.

Asimismo, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en su art. 12<sup>12</sup>, atribuía a la CNC la función de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados o sectores productivos de la economía y en todo el territorio nacional

El art. 10 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, establecía que los organismos reguladores debían preservar y promover un mayor grado de competencia efectiva y la transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la CNC o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas con funciones en materia de defensa de la competencia.

Con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica y la coherencia entre las intervenciones de la CNE y CNC en la defensa de la competencia en los sectores energéticos, la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, modificada por la Ley 2/2011, preveía mecanismos para la coordinación de la CNC con los reguladores sectoriales, con el objeto de velar por la coherencia de la política de competencia, la eficiencia en la asignación de los recursos públicos y la seguridad jurídica de los operadores económicos<sup>13</sup>.

Concretamente, el art. 17 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), derogado por la Disposición Derogatoria *e*) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, preveía que la CNC y los reguladores sectoriales cooperaran en

---

<sup>10</sup> Dichas competencias fueron modificadas y ampliadas por las Leyes 12/2007 y 17/2007, y Real Decreto-Ley 13/2012, y derogadas por la Ley 3/2013.

<sup>11</sup> La Ley 34/1998 del sector de Hidrocarburos, modificada por la Ley 2/2011, de Economía sostenible establece como función de la CNE la de «promover el funcionamiento competitivo del sector energético».

<sup>12</sup> Derogado por la Disposición Derogatoria *e*) de la Ley 3/2013.

<sup>13</sup> Véase el art. 17 de la LDC, derogado por la Disposición Derogatoria *e*) de la Ley 3/2013, y la Disposición Adicional undécima, apartado tercero, de la Ley 34/1998, modificada por la Ley 2/2011, y derogada por la Disposición Derogatoria *b*) de la Ley 3/2013. Véase el art. 24 de la Ley 2/2011, derogado por la Disposición Derogatoria de la Ley 3/2013, letra *h*).

el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común<sup>14</sup>, definiendo dichos mecanismos:

«Se transmitirán mutuamente de oficio o a instancia del órgano respectivo información sobre sus respectivas actuaciones así como dictámenes determinantes, en el marco de los procedimientos de aplicación de la regulación sectorial y de la presente Ley. Los dictámenes serán determinantes para los reguladores sectoriales o para la Comisión Nacional de la Competencia, según se aplique, que sólo podrán disentir de su contenido de forma expresamente motivada. En todo caso:

a) Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente, que tendrá carácter determinante.

b) Asimismo, los reguladores sectoriales solicitarán informe, que tendrá carácter de determinante, a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones, decisiones de carácter general o resoluciones en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.

[...]

d) La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe determinante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los arts. 1 a 3 de la presente Ley».

Adicionalmente, el citado art. 17 preveía que: «Los presidentes de la CNC y de los respectivos órganos reguladores sectoriales se reunirán al menos con periodicidad anual para analizar las orientaciones generales que guiarán la actuación de los organismos que presiden y, en su caso, establecer mecanismos formales e informales para la coordinación de sus actuaciones».

Por otra parte, la Ley 34/1998, en su Disposición Adicional undécima. Tercero. Duodécima, derogada por la Ley 3/2013, responsabilizaba a la CNE de la obligación de poner en conocimiento de la CNC si detectaba indicios de prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por la Ley 15/2007, en los mercados de energía, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que merecían dichos hechos.

Ambos organismos, CNE y CNC, han ejercido un papel fundamental en la liberalización de los mercados de gas y electricidad y han demostrado la eficacia en sus funciones, eminentemente de supervisión *ex ante* y *ex post* de la competencia en dichos mercados mayoristas y minoristas. Cada uno

<sup>14</sup> «La Comisión Nacional de la Competencia y los reguladores sectoriales cooperarán en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común, respetando, en todo caso, las competencias atribuidas a cada uno de ellos».

de dichos organismos ha ejercido las funciones que legalmente tenían encomendadas: la CNE como organismo técnico más específico de los sectores energéticos regulados, y la CNC como autoridad del control *antitrust* de los sectores económicos, y, también, de los sectores energéticos.

En el respeto de las competencias de instrucción y resolución de la CNC, de acuerdo con lo señalado en la Ley 34/1998 y en la Ley 15/2007, la CNE remitía a la CNC información sobre los posibles incumplimientos de la LDC en los sectores energéticos. Entre los numerosos ejemplos de la remisión de informes de la CNE a la CNC señalando indicios de conductas contrarias a la LDC en los mercados energéticos, pueden ser citados, respecto al mercado de generación eléctrica, los informes sobre restricciones técnicas remitidos por la CNE a la CNC en su Resolución S/0104/08 Eléctricas<sup>15</sup>, o respecto al mercado minorista de electricidad, el informe de la CNE citado en la Resolución de la CNC S/0304/10 Endesa<sup>16</sup>.

No obstante, a pesar de los mecanismos de cooperación incorporados en la normativa, algunas conductas susceptibles de ser analizadas como infractoras de la Ley de Defensa de la Competencia y de la normativa sectorial, han conllevado actuaciones preliminares coincidentes por parte de ambas autoridades, CNE y CNC, en el ejercicio de garantizar la competencia efectiva en los mercados energéticos.

En todo caso, existe un conjunto de conductas en los sectores energéticos cuya supervisión requiere un análisis previo para identificar desde el inicio cuál es la base jurídica más apropiada de incumplimiento normativo (sectorial-defensa de la competencia). Además, dadas las características específicas de los sectores energéticos, en el caso de que dichas conductas sean analizadas por incumplimiento de la ley de defensa de la competencia, se requerirá necesariamente del *know how* específico de los sectores energéticos para analizar cada conducta de la forma más eficiente posible y con las máximas garantías de seguridad jurídica.

---

<sup>15</sup> En dicha Resolución, se cita el envío de informes por la CNE a la CNC: «Y es necesario recordar que la preocupación de este Consejo por el comportamiento de las empresas eléctricas en el procedimiento de resolución de restricciones técnicas está motivada entre otras razones, por la reiterada y sistemática remisión de informes por parte del regulador sectorial, la CNE, describiendo conductas anormales en el mercado y alertando a esta institución sobre la posible infracción de la normativa de competencia por abuso de posición de dominio».

<sup>16</sup> En la citada Resolución se indica: «La Dirección de Investigación de la CNC tuvo conocimiento, a través del “Expediente informativo para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador libre” que la CNE le remitió el 30 de julio de 2010, de que Endesa Energía XXI, S. L. (en adelante, Endesa), habría transformado la situación contractual de determinados clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso (en adelante, TUR), sujetos transitoriamente a la aplicación de un precio regulado en virtud del art. 3.2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica. [...] Como resultado de la información reservada, con fecha 4 de noviembre de 2010, se acordó la incoación de expediente sancionador contra Endesa Energía XXI, S. L., por una posible vulneración del art. 3 de la LDC, por transformar, sin recabar previamente el consentimiento expreso, la situación contractual de determinados clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, aplicándoles unas condiciones contractuales para el suministro de electricidad diferentes a las que corresponderían transitoriamente según el art. 3.2 del Real Decreto 485/2009».

A este reto se le unen las mayores competencias de la CNMC como organismo regulador de energía, por conductas administrativas en materia eléctrica con la aplicación de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico<sup>17</sup>.

A nivel europeo, el Reglamento (UE) núm. 1227/2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (REMIT)<sup>18</sup> otorga un papel protagonista a los reguladores energéticos nacionales en la investigación y sanción del abuso de los mercados mayoristas. Dicho Reglamento surge ante la necesidad de regular el abuso de mercado en los mercados mayoristas de energía de electricidad y de gas natural, debido a que son mercados técnicamente complejos, en los que es más difícil detectar abusos, afectan a diferentes mercados europeos interconectados, y en los que es esencial la supervisión coordinada entre países. REMIT determina los mecanismos legales para la supervisión coordinada de los mercados mayoristas de electricidad y gas natural en la Unión Europea, con el objetivo de centralizar la supervisión de estos mercados a través de la Agencia para la Cooperación de los Reguladores de Energía (*Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER*)<sup>19</sup> y de las propias Autoridades Reguladoras Nacionales de los sectores de electricidad y de gas natural, que son los que en última instancia deberán sancionar los abusos por infracciones definidas en REMIT.

Una vez más, esta regulación pone de manifiesto que determinadas conductas que se detecten en los mercados mayoristas de gas natural y electricidad en Europa, que sean infractoras de REMIT, también podrían ser analizadas bajo la aplicación de la LDC. Por ello, REMIT destaca la necesaria cooperación de ACER y de las autoridades reguladoras nacionales de los sectores de electricidad y gas natural con las autoridades de competencia, para detectar e investigar el abuso de mercado<sup>20</sup>. En relación con dicha

<sup>17</sup> La Ley 24/2013, en su art. 73.3, establece que la CNMC, en el ámbito de sus competencias, podrá imponer sanciones por determinadas infracciones administrativas, tipificadas en el art. 64. Se refieren a conductas tales como la reducción de capacidad, indisponibilidades, presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados, manipulación de precios de mercado mayorista, uso de información privilegiada acorde con el REMIT y la manipulación del precio de los servicios de ajuste mediante la realización de ofertas a precios excesivos, que pueden afectar a la formación de precios de los mercados mayoristas. Asimismo, la Ley 24/2013 establece tipos sancionados que podrá imponer la CNMC en materia de cambio de suministrador (no permitir el acceso ni mantener el acceso a la base de datos SIPS, el cumplimiento reiterado de los procedimientos de cambio de suministrador y el incumplimiento reiterado de los requisitos para la formalización de contratos de suministro y de condiciones de contratación y apoderamiento de clientes).

La propia Ley 3/2013, en su art. 7.14, hace recaer sobre la CNMC la función de «garantizar la transparencia y competencia en el sector del gas natural, incluyendo el nivel de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de gas natural y electricidad cumplan las obligaciones de transparencia». Asimismo, según el art. 7.15, la CNMC tienen la función de supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como en el minorista. El art. 7.4 establece la función de la CNMC de «velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador».

<sup>18</sup> REMIT establece, por primera vez en la regulación de los mercados mayoristas energéticos, la prohibición explícita de las prácticas abusivas definidas como la manipulación, el intento de manipulación y el uso de información privilegiada en los mercados mayoristas de electricidad y de gas natural en la Unión Europea.

<sup>19</sup> *Agency for the Cooperation of Energy Regulators*.

<sup>20</sup> Al respecto véase el art. 16.3, así como el considerando (29) de REMIT, que indica: «Las autoridades reguladoras nacionales, las autoridades financieras competentes de los Estados miembros

cooperación las autoridades reguladoras nacionales deberán informar a la correspondiente autoridad nacional de competencia de su Estado miembro, a la Comisión Europea y a ACER, si tienen indicios razonables para sospechar que se están realizando o se han realizado actos que pudieran constituir una infracción en materia de competencia. Por otra parte, la autoridad reguladora nacional sectorial y la autoridad de competencia deberán informar a ACER sobre si la autoridad de competencia de su Estado miembro está investigando conductas de abuso de mercado. Por último, REMIT requiere la cooperación entre las autoridades reguladoras nacionales y los grupos de investigación europeos que podrán incorporar a representantes de las autoridades de competencia.

Los mecanismos de cooperación entre los organismos reguladores energéticos y las autoridades de competencia guardan cierta similitud en los países del entorno europeo.

Así, por ejemplo, la agencia que regula el sector de la energía en el Reino Unido, OFGEM<sup>21</sup>, tiene funciones para investigar y decidir sobre casos *antitrust* y cárteles en el sector energético. La autoridad de competencia (*Competition and Markets Authority*, CMA) asume las funciones de la anterior *Competition Commission* y algunas otras de protección al consumidor de la *Office of Fair Trading*. En la reciente reforma se otorga a la CMA la función de elaborar anualmente un informe en el que se valore la actuación de los reguladores sectoriales en la utilización de sus atribuciones en materia de competencia. En el caso de que la valoración de las actuaciones en materia de competencia de los organismos reguladores no se considere satisfactoria, el Gobierno podría retirarles dichas funciones.

En Francia, la agencia reguladora francesa, *Commission de Régulation de l'Energie* (CRE) se organiza en dos cuerpos independientes (una Junta integrada por cinco miembros y el comité de resolución de conflictos y sanciones, que consta de cuatro miembros) que utilizan grupos de tareas, consultas públicas y audiencias para la toma de decisiones. Sus relaciones con la autoridad de competencia (*Autorité de la concurrence*) se definen en el art. L. 134-16 del Código de la Energía, que dispone que el presidente de la CRE comunicará cualquier abuso de posición dominante o de prácticas anticompetitivas de las que tenga conocimiento en los sectores energéticos. Asimismo, la autoridad de competencia podrá solicitar informe sobre toda cuestión relativa a los sectores de la electricidad y el gas natural.

---

y, si procede, las autoridades nacionales en materia de competencia deben cooperar para garantizar un enfoque coordinado en la lucha contra el abuso del mercado en los mercados mayoristas de energía, que abarcan tanto los mercados de productos básicos como los mercados de productos derivados. Dicha cooperación debe incluir el intercambio mutuo de información relativa a las sospechas de que en los mercados mayoristas de la energía se están llevando a cabo o se han llevado a cabo actos respecto a los que existe la probabilidad de que constituyan una violación del presente Reglamento, de la Directiva 2003/6/CE o de la legislación en materia de competencia. Esta cooperación debe, además, contribuir a un enfoque de las investigaciones y procedimientos judiciales coherente y compatible».

<sup>21</sup> *Office of Gas and Electricity markets*. Recientemente reestructurada para una mejor definición de sus obligaciones y la implementación de las mismas, creando la *Ofgem E-service*, donde la E hace referencia a Medio ambiente (*Environment*), Energía y Eficiencia.

La autoridad de competencia alemana, la *Bundeskartellamt*, tiene atribuida por el art. 48 de su Ley de competencia (GWB) la función de vigilar el mantenimiento de la competencia y el desarrollo de la liberalización de los mercados de gas y electricidad, con el deber de trasladar sus datos a la agencia federal alemana reguladora de la electricidad, gas, telecomunicaciones, servicio postal y transporte ferroviario (*Bundesnetzagentur*).

### 3. FUNCIONES DE LAS EXTINTAS CNC Y CNE EN EL ANÁLISIS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIONES ENERGÉTICAS

#### A. ACTUACIONES EN MATERIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIONES ENERGÉTICAS

Más específicamente, en relación con el análisis de las operaciones concentraciones económicas en el sector energético, hasta la aplicación de la Ley 3/2013, la CNC era la autoridad responsable de autorizar las operaciones de concentración económica que fueran de obligada notificación por superar los umbrales de volumen de negocios y/o de cuotas de mercado determinados en la LDC.

Por otra parte, la Disposición Adicional undécima. Tercero.1. Decimoquinta de la Ley 34/1998, en su redacción a través de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, derogada por la Ley 3/2013, otorgaba a la CNE la función de informar sobre las operaciones de concentración de dimensión nacional en los sectores energéticos. En particular, la CNE debía elaborar un informe preceptivo no vinculante, y a partir de la Ley 2/2011, de carácter determinante, sobre aquellas operaciones de concentración en los sectores energéticos que fueran notificadas por los agentes afectados para su autorización ante la CNC<sup>22</sup>.

Paralelamente, la LDC en su art. 17.2, modificado por la Ley 2/2011 y derogado por la Ley 3/2013, señalaba que:

«La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe determinante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia.

Adicionalmente, en la vigilancia de las Resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia en procedimientos sancionadores o de control de concentraciones, el Regulador sectorial emitirá un informe determinante conforme a lo previsto a continuación.

Dicho informe se emitirá, previa solicitud de la Dirección de Investigación, en alguno de los siguientes supuestos:

<sup>22</sup> Previamente a la modificación de la Ley 2/2011, la Ley 34/1998 determinaba el deber de la CNE a «informar preceptivamente sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia». La Ley 54/1997 establecía dicha función para la Comisión del Sector Eléctrico Nacional en el ámbito del sector eléctrico.

1.º Cuando se detecte la existencia de un incumplimiento de las condiciones o compromisos impuestos por la resolución sometida a vigilancia.

2.º Cuando por haberse cumplido las condiciones o compromisos deba proponerse la finalización de la vigilancia.

3.º Cuando la empresa autorizada solicite algún tipo de suspensión, modificación o dispensa de las obligaciones derivadas de la resolución objeto de vigilancia.

También se podrá emitir dicho informe a iniciativa del Regulador sectorial cuando, como consecuencia de la modificación de la estructura del mercado o de la actividad normativa desarrollada por aquél, se considere que las condiciones o compromisos impuestos por la Comisión Nacional de la Competencia devengan innecesarios o se deba proceder a su modificación».

Por tanto, se distinguían facultades de los organismos reguladores sectoriales, entre los que se hallaba la CNE, tanto para emitir a su iniciativa, informe determinante si consideraba que las condiciones o compromisos impuestos por la CNC devengaban innecesarios o debieran modificarse debido a cambios regulatorios o en la estructura de los mercados afectados, como para emitir informe determinante en el marco de la vigilancia de condiciones y compromisos establecidos en las Resoluciones de la CNC relativas a los sectores energéticos, a petición de la propia autoridad de competencia.

#### B. EL INFORME PRECEPTIVO NO VINCULANTE DEL ORGANISMO SECTORIAL EN MATERIA DE CONCENTRACIONES ENERGÉTICAS

La LDC, en su art. 17.c), preveía que: «La CNC solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia». Se trataba, por tanto, de una actuación de carácter consultivo cuyo resultado era la emisión por parte de la CNE de un dictamen no vinculante sobre la base de la función 15 de la Ley 34/1998 y del art. 17.2.c) de la Ley 15/2007.

Previamente a la Ley 15/2007, la participación del regulador sectorial en las operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico primero, y energético después, se limitaba a la elaboración de un informe preceptivo sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas eléctricas (según la Ley 54/1997) y energéticas (según la Ley 34/1998, que deroga el correspondiente artículo de la Ley 54/1997) cuando las mismas hubieran de ser sometidas al Gobierno para su decisión de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia. Adicionalmente, según el art. 51 de la Ley 16/1989, el Servicio de Defensa de la Competencia podía solicitar en primera fase colaboración con otras Administraciones Públicas, y, en particular, a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y, posteriormente, a la CNE.

Es destacable que en otros países del entorno europeo, si bien las autoridades de competencia pueden realizar consulta al organismo regulador energético, si así lo consideran necesario, no se prevé la obligación de solicitar informe preceptivo en cada concentración.

En el ámbito de las operaciones de concentración económica en los sectores energéticos, el método de análisis y los criterios mantenidos en dichos informes no vinculantes por la CNE, fue evolucionando en el tiempo hasta llegar a reproducir los de las autoridades *antitrust* nacionales y europeas<sup>23</sup>.

Así, en los informes realizados por la CNE se destacaban, en su caso, los problemas vigentes en la regulación de los sectores energéticos afectados por la operación de concentración, la definición de los mercados relevantes<sup>24</sup> a partir de la información disponible dentro de la CNE y una valoración de las posibles barreras de entrada al mercado y de las dificultades que la operación podría acarrear para la competencia efectiva, atendiendo a la existencia de efectos horizontales, verticales y de conglomerado, así como de efectos coordinados, restricciones accesorias y de eficiencias alegadas por las empresas intervinientes en la operación. En su caso, el informe de la CNE incluía posibles compromisos que podían restaurar la situación de competencia previa a la operación. Dicho informe permitía a la CNC disponer de las consideraciones de la CNE como organismo especializado en la supervisión de los mercados energéticos, así como de otros conocimientos técnicos sobre la globalidad de los mercados energéticos afectados.

Por otra parte, la CNE disponía, en determinados casos, de información global de los mercados energéticos, más completa que la proporcionada por el propio notificante. Dicha información procedía de bases de datos disponibles por la propia CNE y eran aportados, bien en los análisis incluidos en los correspondientes informes preceptivos, bien en aquellas solicitudes de información efectuadas por la propia CNC durante la tramitación de los expedientes de control de concentraciones en sectores energéticos, de acuerdo con el art. 39 de la LDC<sup>25</sup>.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, sustituía el carácter «preceptivo» por el de «determinante» para los informes no vinculantes del regulador en el sentido de que la CNC, receptor del informe, al

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, el informe de la CNE sobre la operación de concentración C/98/08/Gas Natural/Unión Fenosa <http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGI.EXE?CMD=VERDOC&BASE=PUBL&DOCR=5&SORT=-FECH&RNG=20&SEPARADOR=&&op=Y&op=Y&op=Y&MATE-C=FUSIONES&op=Y&op=Y&op=Y>.

<sup>24</sup> No se identificaban mercados no energéticos en donde la CNE no era competente como autoridad reguladora aunque estuvieran afectados/relacionados con dicha operación de concentración.

<sup>25</sup> Por ejemplo, en el Informe y propuesta de resolución del expediente C/366/11 Cepsa/Chesa, se cita la solicitud a la CNE del informe previsto en el art. 17.2.c) de la LDC, así como dos solicitudes de información adicionales a la aportada en su informe anterior, señalando que la CNE no dispone de los datos sobre los suministros de producto refinado de las Islas Canarias desde la Península en relación al mercado de aprovisionamiento o primera venta de productos refinados. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=C%2f0366%2f11&Ambito=Concentraciones>.

resolver sobre una concentración «sólo podría disentir de su contenido de forma expresamente motivada»<sup>26</sup>.

Si bien el carácter determinante del informe preceptivo se establece con la Ley 2/2011, puede verse que previamente a que el informe de la CNE tuviera carácter determinante, en las Resoluciones de la CNC se reflejaba el disentimiento motivado respecto de algunas consideraciones sobre los problemas detectados en la operación de concentración y en la propuesta de compromisos del informe del organismo regulador<sup>27</sup>. Cabe señalar que la información relativa a las características de la operación para la realización del informe preceptivo por la CNE, se correspondía, básicamente, con la incluida en la fase de la notificación, no disponiendo de aquella otra que de forma complementaria fuera remitida por el notificante a la CNC, de los resultados del test de mercado o de la información requerida por la CNC en fases posteriores a la notificación si la operación de concentración era determinada con compromisos.

En general, como puede comprobarse en el Anexo del presente informe, no se registraron diferencias significativas entre los enfoques en el análisis y la valoración de las concentraciones empresariales en los sectores de gas y electricidad entre la CNE y la CNC. Los criterios de definición de los mercados relevantes, así como el tipo de efectos analizados (horizontales, verticales y de conglomerado) tendían a coincidir. No obstante, en casos muy concretos, los problemas detectados en los mercados energéticos resultantes de las operaciones de concentración y, por tanto, las propuestas de remedios, no han coincidido con los establecidos en las resoluciones de la CNC. En el caso de la operación de absorción de Unión Fenosa por parte de Gas Natural en 2008, autorizada por la CNC con compromisos, las diferencias entre los compromisos reflejados en la Resolución de la CNC de 11 de febrero de 2009 y los propuestos por la CNE en su informe preceptivo se debían básicamente a la valoración de la existencia de efectos coordinados en el mercado de generación eléctrica y al grado efectivo de competencia y apertura del mercado mayorista de gas que pudiera justificar o no la introducción de compromisos de cesión de gas por parte de Gas Natural o de actuación obligatoria como *market maker*.

No obstante, cabría reseñar las diferencias observadas entre las valoraciones y conclusiones de la CNE y de la CNC (previamente, del Tribunal de Defensa de la Competencia) en las siguientes operaciones entre empresas energéticas, notificadas aunque finalmente no ejecutadas. En primer lugar, el intento de fusión Unión Fenosa/Hidrocarbónico en 2000<sup>28</sup>, denegado

<sup>26</sup> Según el art. 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el carácter determinante de un informe supone que de no emitirse el informe en el plazo señalado no se podrán proseguir las actuaciones, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.

<sup>27</sup> Por ejemplo, véase la Resolución de la operación de concentración C-0098/08/Gas Natural/Unión Fenosa, <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=C%2f0098%2f08&Ambito=Concentraciones>.

<sup>28</sup> Informe de la CNE 4/2000, de 26 de abril.

por el Gobierno, de acuerdo con el informe del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y con la propuesta de autorización de la operación por parte de la CNE. En segundo lugar, el intento de fusión entre Endesa/Iberdrola en 2000<sup>29</sup>, autorizado con condiciones por el Gobierno, con propuesta de autorización de condiciones por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia y con el informe favorable de la CNE sobre la operación de concentración subordinada a determinadas condiciones. Y en tercer lugar, el intento de fusión entre Gas Natural y Endesa en 2005<sup>30</sup>, donde el Acuerdo de Consejo de Ministros se separó de la recomendación de denegación del Tribunal de Defensa de la Competencia y, en línea con el informe de la CNE, autorizó la operación sujeta a condiciones.

Se puede concluir, por tanto, que los informes preceptivos no vinculantes proporcionaban a la autoridad de competencia la valoración de la operación de concentración por el organismo regulador energético y facilitaban que la CNC dispusiera de información de contraste con la aportada por el notificante a efectos de comparar sus datos de cuotas de mercados y de sus competidores. Dichos informes no vinculantes sobre operaciones de concentración en los sectores energéticos, facilitaban a la CNC, como máxima autoridad en la instrucción y resolución de las operaciones de concentración de ámbito nacional, la opinión del organismo regulador sectorial en el ámbito de sus funciones, sobre los posibles problemas que pudieran derivarse en el ámbito de la operación de concentración para la competencia efectiva así como, en su caso, la propuesta de posibles remedios. Cabe subrayar que la solicitud por la autoridad de competencia de dichos informes preceptivos o de cualquier información adicional a la CNE, como organismo regulador energético, suspendía el trascurso de los plazos máximos para resolver por la CNC, alargándose los plazos para la resolución de las operaciones de concentración de mayor entidad.

Por último, adicionalmente, cabe destacar el papel desarrollado por la CNE como organismo supervisor de los mercados energéticos, en relación con la vigilancia de los compromisos impuestos por la CNC en determinadas operaciones de concentración de empresas energéticas<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Informe de la CNE de 28 de noviembre de 2000.

<sup>30</sup> En el informe de 20 de diciembre de 2005 de la CNE se indica, referido al carácter del informe de la CNE de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley 16/1989 «teniendo en cuenta este sistema de control de concentraciones, en el que el Gobierno puede imponer condiciones directamente sin necesidad de atender a la presentación de compromisos por las partes, y habida cuenta que la opinión de esta Comisión es la de aprobar la operación someténdola a determinadas condiciones. Se detallan a continuación las conclusiones del análisis para cada mercado, así como las condiciones concretas a imponer», [http://www.cne.es/cne/contenidoSinHijos.jsp?id\\_nodo=110&&keyword=&auditoria=F](http://www.cne.es/cne/contenidoSinHijos.jsp?id_nodo=110&&keyword=&auditoria=F).

<sup>31</sup> Véase, por ejemplo, N-04073/Disa/Shell Peninsular/Shell Atlántica, que preveía la remisión semestral a la CNC de un informe de la CNE que reflejara la evolución de los precios semanales medios de venta al público de carburantes en Canarias y C-468/12/Disa/Shell/SAE/JV.

#### 4. LA LEY 3/2013 Y LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA TRAMITACIÓN DE LAS OPERACIONES DE CONTROL DE CONCENTRACIÓN EN EL SECTOR ENERGÉTICO

La Ley 3/2013 introduce cambios en la tramitación de los expedientes en materia de control de concentraciones y, en particular, en relación a las empresas en sectores energéticos. De hecho, al integrarse en un mismo organismo las anteriores CNC y CNE, decae, y así se refleja con la derogación del art. 17 de la LDC, la coordinación de la CNC con los organismos sectoriales y, en concreto, la elaboración del informe no vinculante por parte del organismo regulador energético a la autoridad de competencia.

La Ley 3/2013 y el RD 657/2013 establecen que el Consejo de la CNMC actuará en Pleno y en Salas, una dedicada a asuntos de competencia y otra a asuntos de supervisión regulatoria. Dichas Salas conocerán los asuntos que no estén atribuidos expresamente al Pleno: la Sala de competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007 y con la actividad de la promoción de competencia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 3/2013, y la Sala de supervisión regulatoria conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de los arts. 6 a 12 de la Ley 3/2013 y del informe previsto por el apartado 7 de su Disposición Adicional novena.

Por otra parte, según el art. 19 del RD 657/2013, la Dirección de competencia es el órgano encargado, conforme a la Ley 3/2013, de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la LDC. Asimismo, el art. 23 del Estatuto orgánico determina que la Dirección de Energía es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes de la CNMC en aplicación de la Ley 54/1997, del sector eléctrico<sup>32</sup> y de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos.

Adicionalmente, la Ley 3/2013 diseña mecanismos de cooperación entre los ámbitos de regulación y de competencia de los sectores regulados con el fin de asegurar la coherencia en la aplicación de las normativas sectoriales y de competencia, así como para extraer las sinergias en los procedimientos que pudieran afectar a ambas Salas. En particular, en el art. 21 de la citada Ley se prevé como un mecanismo de coordinación la emisión de informes preceptivos entre ambas Salas y que denominaremos aquí «informes cruzados».

Reglamentariamente se determinan los supuestos en los que, correspondiendo el conocimiento de un asunto a una de las Salas, deberá informar a la otra con carácter preceptivo. Así, el Real Decreto 657/2013, de 30 de

<sup>32</sup> Ley derogada, salvo las Disposiciones Adicionales sexta, séptima, vigesimaprimer y vigesimatercera, por la Disposición Derogatoria única.1.a) de la Ley 24/2013.

agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, establece en su art. 14.2 los supuestos concretos en los que debe solicitarse informe y en el art. 12.2 los asuntos que en todo caso serán competencia del Pleno formado por ambas Salas, incluyendo expresamente «aquellos en que se manifieste una divergencia de criterio entre la Sala de Competencia y la de Supervisión regulatoria» y «los asuntos que por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión, recabe para sí el Pleno, por mayoría de seis votos y a propuesta del Presidente o de tres miembros del Consejo».

En todo caso, deberá emitirse «informe cruzado», por la Sala de competencia, en los procedimientos que afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados. Asimismo, la Sala de supervisión regulatoria emitirá «informe cruzado» en los procedimientos en materia de defensa de la competencia que estén relacionados con los sectores regulados y, en particular, en materia de energía. En relación con este último punto, la Sala de supervisión regulatoria debe emitir «informe cruzado» en aquellos expedientes de control de concentraciones en sectores regulados y, entre ellos, los relativos a las empresas que operan en los sectores energéticos.

En todo caso, frente a los informes determinantes no vinculantes, que anteriormente se emitían por los organismos reguladores sectoriales, los informes cruzados entre Salas de la CNMC no suspenden el plazo máximo de resolución de los procedimientos, en beneficio del administrado. En concreto, en materia de concentraciones del sector energético, el anterior informe no vinculante que debía enviar la CNE a la CNC en materia de concentraciones del sector energético es sustituido con la Ley 3/2013 por un informe preceptivo de la Sala de Supervisión regulatoria, y no suspende el plazo de la correspondiente resolución.

No obstante, la Ley y el Estatuto orgánico no se pronuncian sobre el contenido y procedimientos en la tramitación de estos informes preceptivos. Por tanto, se deberán definir internamente los mecanismos de cooperación entre Salas para el desarrollo y efectividad de dichos aspectos.

El contenido de los «informes cruzados» en materia de concentraciones en los sectores energéticos podría, en nuestra opinión, mantener un carácter meramente técnico e incluir toda aquella información necesaria sobre los mercados relevantes afectados, de forma similar, con anterioridad a la aplicación de la Ley 3/2013, a los informes no vinculantes de la CNE a la CNC. El informe cruzado en materia de concentraciones energéticas, más que pronunciarse sobre aspectos concernientes a la operación de concentración, cuya decisión corresponde a la Sala de competencia, podrá aportar la información de mercados energéticos afectados por la concentración, la explicación de la regulación vigente en dichos sectores y todo análisis específico y técnico que merezca contribución del propio informe y propuesta de resolución de la Dirección de competencia y de la resolución que dicte

la Sala de competencia, sin menoscabo de las funciones que la Ley 3/2013 atribuye a cada Sala y Dirección dentro de la CNMC.

En todo caso, el «informe cruzado» en materia de concentraciones de empresas de los sectores energéticos queda supeditado a un enfoque de defensa de la competencia. En este sentido, en dicho informe se podría, en nuestra opinión, incorporar aquellos elementos utilizados en el pasado en los informes preceptivos remitidos por la CNE a la CNC. Por ejemplo, dichos informes pueden revisar los mercados afectados, el cálculo de las cuotas de mercado aportadas por el notificante, sirviendo de comprobación la información disponible, los conocimientos y las bases de datos de la Dirección de Energía de la CNMC, así como la consideración de todos aquellos aspectos técnicos del mercado energético objeto de la concentración económica y de la regulación vigente, que puedan ser aportados en la operación notificada.

Por otra parte, internamente se deberá asegurar una coordinación eficiente dentro de las distintas Direcciones de la CNMC con el objetivo de minimizar tiempos en la tramitación de los expedientes. En todo caso, no debe perderse la calidad en los informes preceptivos para efectuar, por ejemplo, el contraste de los datos aportados por el notificante sobre los mercados afectados, con aquellos otros disponibles internamente en la propia CNMC.

##### 5. UN EJEMPLO DE COOPERACIÓN NO REGLADA EN EL ÁMBITO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN MATERIA ENERGÉTICA: C/550/2014/REPSOL/PETROCAT

La exigencia de un enfoque integrador de regulación y competencia en los procedimientos que se tramiten por la CNMC en sectores regulados tales como los energéticos debe garantizar, por otra parte, la agilidad del procedimiento y la debida seguridad jurídica de los agentes que tomen parte en los mismos.

Por ello, además de la cooperación prevista reglamentariamente, a partir de los informes cruzados entre Salas de la CNMC y, en particular, mediante los informes preceptivos de la Sala de supervisión regulatoria en materia de control de concentraciones, se hace necesario, también, en el seno de la nueva Comisión, una intensa coordinación que necesariamente debe partir de la cooperación informal, no reglada, entre Direcciones y Subdirecciones de la propia CNMC. En términos de la propia Ley, en su exposición de motivos, uno de los objetivos de la integración es disponer de las mayores garantías y calidad de los trabajos que deba realizar la CNMC. Por ello, es relevante que la información de carácter técnico sobre sectores regulados, y en particular de los de energía, sirva para fundamentar y dar mayor robustez a los análisis que se efectúen en materia de competencia, tanto en la instruc-

ción por la Dirección de competencia como en la resolución por la Sala de competencia de la CNMC.

En el año de vida de la nueva Comisión, son muchas las ocasiones en las que se ha puesto de manifiesto la necesidad de esta cooperación no reglada, dirigida a maximizar las sinergias del nuevo organismo y minimizar los tiempos y trámites internos para ello.

Un ejemplo de ello en materia de operaciones de concentración en sectores de la energía se refiere al expediente C-550/14 Repsol/Petrocat, que culminó con la autorización de la toma de control exclusivo de Petrocat por Repsol subordinada a los compromisos presentados por el notificante. Si bien, tal y como establece la Ley 3/2013 y el Real Decreto 657/2013, la instrucción del expediente recayó en la Dirección de competencia y su resolución en la Sala de competencia de la CNMC, la incidencia de la operación en el sector de hidrocarburos líquidos, y en particular en el mercado de distribución de carburantes a través de estaciones de servicio, hacía no sólo necesaria sino especialmente beneficiosa la contribución de la Dirección de Energía en la disponibilidad de información y en el análisis de los efectos de la operación, concretamente, de los precios en los entornos de influencia competitiva en los que se registraban solapamientos entre las estaciones de servicio de las partes.

Tal y como se indica en el Informe y propuesta de Resolución del expediente C-550/14/Repsol/Petrocat<sup>33</sup> la Dirección de competencia solicitó a la Dirección de energía de la CNMC tanto información como el análisis comparativo de precios de carburantes correspondientes a un periodo de tiempo de una muestra representativa de estaciones de servicio del adquirente y adquirido, con el objeto de analizar el impacto en precios de las estaciones de servicio objeto de la operación. A ello se añadieron cuestiones sobre el carácter de los vínculos contractuales en las estaciones de servicio, el volumen de ventas en distintos entornos, la situación de las estaciones de servicio objeto de la operación de concentración, la operativa de las mismas, etc. Todo ello ha permitido disponer de un elemento de contraste con la información de la propia notificación de la operación de concentración, así como profundizar sobre aquellos obstáculos que la operación podría suponer en la competencia efectiva en el mercado referido.

En consecuencia, surge una oportunidad con la creación de la CNMC de utilizar la mejor información disponible en las distintas Direcciones pertenecientes a una misma entidad, para analizar las conductas y operaciones de concentración en los sectores energéticos con las máximas garantías para la autoridad de competencia, todo ello sin el aumento de los plazos de tramitación, en beneficio de los agentes administrados.

---

<sup>33</sup> Véase el epígrafe VI.3 de precios del mercado de distribución minorista de carburantes de automoción a través de EESS en el Informe y propuesta de Resolución C-550/14/Repsol/Petrocat. <http://www.cnmc.es/es-es/competencia/buscadorde/resoluciones.aspx?num=C/0550/14&ambito=Concentraciones&b=&p=18&ambitos=Concentraciones&estado=0&sector=0&av=1>.

## 6. RETOS DE LA INTEGRACIÓN EN LA TRAMITACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN MATERIA ENERGÉTICA

Tal y como se ha visto a lo largo del presente artículo, la creación de la CNMC plantea en nuestra opinión dos retos principales en tanto a la tramitación de las operaciones de concentración en materia energética, que también son extensibles en la supervisión de las conductas de los agentes.

El principal reto es el logro de una coordinación eficiente de los recursos de la CNMC para, tanto en conductas como en operaciones de concentración, servirse de aquella información disponible internamente y aprovechar los conocimientos técnicos de los mercados y regulación de los sectores energéticos entre Direcciones.

Dicha coordinación deberá ser efectiva y ágil, no sólo de cara a la tramitación y contenidos de los informes preceptivos que emita la Sala de supervisión regulatoria, sino también en toda colaboración no reglada que se precise durante la tramitación de los correspondientes expedientes, con la flexibilidad y la frecuencia que sean necesarias. En el año de funcionamiento de la CNMC esta colaboración no reglada está siendo utilizada en diferentes expedientes de concentración y de conductas de agentes en los sectores energéticos, como se ve reflejado en los correspondientes Informes y propuestas de Resoluciones.

En segundo lugar, en relación con el contenido de los informes preceptivos en materia de concentraciones energéticas, éstos deben ir diseñándose de forma que se incluya la información, los análisis y las consideraciones técnicas y regulatorias que permitan contrastar y completar datos aportados por el notificante, así como fundamentar y recabar informaciones relevantes para determinar si la concentración puede o no obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados de energía afectados por la operación.

## 7. CONCLUSIONES

La valoración de la incidencia de las operaciones de concentración sobre la competencia requiere un análisis de tipo prospectivo. Se trata de valorar si la concentración puede o no obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados.

El papel de las autoridades reguladoras europeas en materia energética se justifica por su especialización de tipo técnico y por la mayor disponibilidad de información sobre los mercados, agentes que participan en los mismos y regulación que incide en los sectores energéticos objeto de supervisión.

La LDC identificaba a la CNC como autoridad de competencia encargada de «preservar, garantizar y promover la competencia efectiva en los

mercados en el ámbito nacional» y para instruir y resolver sobre las conductas restrictivas a la competencia y autorizar las concentraciones económicas. Asimismo, la Ley 2/2011 señalaba que el ejercicio de las funciones de la CNC se realizará «sin perjuicio de las competencias que la legislación vigente atribuye a los organismos sectoriales». La LDC, modificada por la Ley 2/2011, establecía el marco de colaboración y cooperación entre la CNC y los órganos sectoriales mediante la obligación de emisión de informes determinantes y envío de información por parte de organismos implicados.

Dicho ámbito de colaboración entre la autoridad de competencia y los organismos reguladores sectoriales, y en particular la CNE, pretendía garantizar la coherencia entre las intervenciones de la CNC, en el respecto de sus competencias de resolución e instrucción, y de la CNE en la defensa de la competencia en los sectores energéticos, como organismo especializado en la supervisión de los mercados energéticos. No obstante, la naturaleza de las funciones de la CNE en aplicación de la normativa sectorial y de la CNC en materia de defensa de la competencia hacía que, en algunos casos, pudieran existir duplicaciones y discrepancias entre las actuaciones de ambos organismos. Asimismo, la elaboración del informe preceptivo por la CNE suspendía el plazo máximo para la resolución de la operación de concentración.

La creación de la CNMC supone la integración, entre otros organismos, de las anteriores CNE y CNC, decayendo la coordinación y la elaboración de informes no vinculantes del organismo regulador sectorial a la autoridad de competencia. No obstante, la Ley 3/2013, en su art. 21 y el Real Decreto 657/2013 en su art. 14 introducen mecanismos de colaboración entre la Sala de supervisión regulatoria y la Sala de competencia de la CNMC, mediante la elaboración de informes preceptivos entre Salas en relación con determinados asuntos. En particular, en relación con las operaciones de concentración, la Sala de supervisión regulatoria debe emitir informe preceptivo a la Sala de competencia. El principal beneficio de la sustitución del informe no vinculante entre organismos por un informe preceptivo entre Salas de la CNMC para el notificante es que toda cooperación, tanto reglada como no reglada entre Salas y Direcciones de la CNMC, no suspende el transcurso de los plazos máximos para resolver por la Sala de la competencia de la CNMC. Este beneficio es extensible a los informes preceptivos en expedientes sobre conductas de agentes en el ámbito energético.

No obstante, la citada normativa no especifica los criterios y el contenido del «informe cruzado» de la Sala de supervisión regulatoria en materia de control de concentraciones. Dicho informe, más que pronunciarse sobre aspectos concernientes a la operación de concentración, cuya decisión corresponde a la Sala de competencia, podrá aportar la información de los mercados afectados por la concentración, de la regulación vigente en dichos sectores así como aquellos análisis específicos de carácter técnico, con contenidos similares a los de los informes no vinculantes previamente

elaborados por la extinta CNE. Las aportaciones deberán merecer la contribución a la instrucción que realice de dicho expediente la Dirección de competencia y a la resolución que dicte la Sala de competencia, sin menoscabo de las funciones que la Ley 3/2013 y el RD 657/2013 atribuyen a cada Sala y Dirección dentro de la CNMC.

Por último, del mismo modo que sucede en otros países del entorno europeo en donde en ellos existe una diferenciación institucional entre la autoridad de competencia y la autoridad reguladora nacional de los sectores de electricidad y gas natural, también para la nueva CNMC será un reto la coordinación interna que garantice la decisión más eficaz posible en el inicio de la instrucción de expedientes sobre conductas que puedan suponer una doble infracción —normativa sectorial y ley de defensa de la competencia—, en aras del cumplimiento de principio de seguridad jurídica.

## ANEXO

### Concentraciones en el sector de la energía con informe preceptivo de la CNE (expedientes recientes)

<i>Núm. Expte.</i>	<i>Empresas</i>	<i>Decisión</i>
C-018/07	Unión Fenosa/Marcial Chacón	Autorizada primera fase
C-022/07	Repsol/BP OIL/JV	Autorizada segunda fase sin compromisos
C-033/07	Repsol/BP activos	Autorizada primera fase
C-068/08	New Egara/EISSL	Autorizada primera fase
C-098/08	Gas Natural/Unión Fenosa	Autorizada segunda fase con compromisos
C-105/08	Naturgas/Gas Mérida	Autorizada primera fase
C-116/08	Saras/ERG Petróleo (Activos)	Autorizada primera fase
C-140/09	Acciona/Endesa Activos	Autorizada primera fase
C-157/09	Anselmo León/Electrodis. Castellano leonesas	Autorizada primera fase
C-176/09	Naturgas/Gas Natural	Autorizada primera fase
C-211/10	Galp/Gas Natural (activos)	Autorizada primera fase
C-212/10	Morgan Stanley/Gas Natural activos	Autorizada primera fase

<i>Núm. Expte.</i>	<i>Empresas</i>	<i>Decisión</i>
C-214/10	Enagas/BBG/JV	Autorizada primera fase
C-237/10	Endesa Gas/Distrib.Regional del Gas	Autorizada primera fase
C-261/10	Villar Mir/Céntrica	Autorizada primera fase
C-264/10	Diselcide/Electromolinera-Campusur	Autorizada primera fase
C-268/10	REE/Activos transporte Unión Fenosa	Autorizada primera fase
C-269/10	REE/Activos transporte Endesa	Autorizada primera fase
C-278/10	Enel/Eufer	Autorizada primera fase
C-282/10	Gas Natural Fenosa/Eufer	Autorizada primera fase
C-294/10	Enagás/Murphy/Gaviota	Autorizada primera fase
C-300/10	Goldman Sachs/Nubia	Autorizada primera fase
C-307/10	Enagás/Gaviota	Autorizada primera fase
C-336/11	Nmg/Bdg	Autorizada primera fase
C-338/11	Enagás/Activos Iberdrola	Autorizada primera fase
C-366/11	Cepsa/Chesa	Autorizada con compromisos en segunda fase
C-372/11	Isolux/T Solar Global	Autorizada primera fase
C-375/11	Endesa/Gem Suministro de Gas	Autorizada primera fase
C-391/11	Bridgepoint/Activos Eólicos	Autorizada primera fase
C-407/11	GDF Suez/Aesec/Aesco	Autorizada primera fase
C-417/11	Enagas/Endesa/Gascan	Autorizada primera fase
C-448/12	Madrileña Red de Gas/Iberdrola Distribución	Autorizada primera fase
C-452/12	Isolux/PSP	Autorizada primera fase
C-465/12	Iberdrola/Navasfrias y Gasnatural/Iberdrola Distribución	Autorizada primera fase

<i>Núm. Expte.</i>	<i>Empresas</i>	<i>Decisión</i>
C-468/12	Shell/Disa	Autorizada segunda fase con compromisos
C-472/12	Cristian Lay/Dicogexsa/Get	Autorizada primera fase
C-479/12	Enagas/Naturgas	Autorizada primera fase

INTRODUCCIÓN

El presente informe versa sobre el análisis de las concentraciones en el sector de la energía eléctrica en España, en el marco de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 y de la Ley de Defensa de la Competencia de 2002, así como de la Ley de Defensa de la Competencia de 2002, en el ámbito de la energía eléctrica en España. El informe se divide en tres partes: una primera parte que describe el sector de la energía eléctrica en España, una segunda parte que describe el análisis de las concentraciones en el sector de la energía eléctrica en España, y una tercera parte que describe las conclusiones del análisis de las concentraciones en el sector de la energía eléctrica en España.

El presente informe se divide en tres partes: una primera parte que describe el sector de la energía eléctrica en España, una segunda parte que describe el análisis de las concentraciones en el sector de la energía eléctrica en España, y una tercera parte que describe las conclusiones del análisis de las concentraciones en el sector de la energía eléctrica en España.

El presente informe se divide en tres partes: una primera parte que describe el sector de la energía eléctrica en España, una segunda parte que describe el análisis de las concentraciones en el sector de la energía eléctrica en España, y una tercera parte que describe las conclusiones del análisis de las concentraciones en el sector de la energía eléctrica en España.

El presente informe se divide en tres partes: una primera parte que describe el sector de la energía eléctrica en España, una segunda parte que describe el análisis de las concentraciones en el sector de la energía eléctrica en España, y una tercera parte que describe las conclusiones del análisis de las concentraciones en el sector de la energía eléctrica en España.

