

COMENTARIO DE ALGUNAS NOVEDADES EN MATERIA DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO DURANTE EL EJERCICIO 2007

Eduardo SALINAS

Subdirector de Régimen de Competencia
Comisión Nacional de la Energía

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone presentar una síntesis de algunas novedades esenciales de carácter normativo y de aplicación práctica en el ámbito de la regulación y competencia en el sector eléctrico, en el ejercicio 2007.

La primera novedad que hay que resaltar necesariamente es la aprobación de dos Leyes que tienen por objeto incorporar en la legislación nacional las directivas europeas del mercado interior de gas y electricidad integrantes del segundo paquete adoptado en el año 2003. En estas dos Leyes, la Ley 12/2007, por lo que respecta al sector de hidrocarburos, y la Ley 17/2007, por lo que respecta al sector eléctrico, se recogen novedades cruciales en el proceso de liberalización de los sectores energéticos.

Por ello, en el capítulo siguiente se realiza una síntesis de los elementos esenciales de la Ley 17/2007, que comporta un avance más en la liberalización de este sector, reduciendo el ámbito de lo «regulado» a favor de lo «liberalizado» previendo por ejemplo la desaparición del sistema tarifario, o la introducción de medidas de separación funcional entre empresas de un mismo grupo de sociedades.

Sobre este nuevo contexto sectorial de mayor liberalización, tanto las mencionadas leyes sectoriales como la nueva Ley de Defensa de la Competencia —también aprobada el pasado ejercicio— delimitan de manera más clara los poderes y responsabilidades de los reguladores sectoriales y Autoridades de Competencia, materia examinada de manera sintética en el capítulo 3, de manera que la regla de competencia exclusiva (ya vigente antes en virtud del art. 51 bis de la Ley derogada) para aplicar las reglas

antitrust a favor de las Autoridades de Competencia, se ve complementado por la atribución —en las leyes sectoriales— de manera también reforzada (y en línea con lo exigido por las directivas incorporadas) al regulador energético de una función de supervisión de los sectores energéticos, como complemento y pieza no menos relevante del conjunto del sistema para aplicar medidas de orden *ex ante*. Parece lógico que paralelamente al desarrollo de la liberalización, el regulador sectorial, sin dejar de cumplir sus funciones de regulador *stricto sensu* de las actividades monopolísticas, amplíe sus atribuciones de supervisor para asegurar el respeto adecuado de las normas *antitrust* en las actividades sometidas a competencia, atendiendo a su mayor proximidad a los mercados y su mejor conocimiento técnico de los mismos.

Finalmente, se recoge también en este trabajo una mención a la práctica de ejercicio por la CNE de sus funciones en materia de supervisión y competencia en el ejercicio 2007.

2. SÍNTESIS DE LAS NOVEDADES ESENCIALES DE LA NUEVA LEY SECTORIAL ELÉCTRICA E INCIDENCIA EN EL MODELO DE COMPETENCIA REGULADA

A. CONSIDERACIONES GENERALES

Sin pretensión de comentar todas las modificaciones en el ámbito de la regulación que se contemplan en estas leyes, que han merecido para la Ley eléctrica la calificación de «reforma»¹, pues hacerlo requeriría un examen que excede del propósito y alcance de este trabajo, sí pretendemos realizar una mención somera a las cuestiones de mayor relevancia por lo que respecta a los instrumentos que se contemplan de naturaleza regulatoria «para la competencia».

Con la Ley 54/1997 se procedió a una adaptación de la normativa española a lo dispuesto en la Directiva de 1996 que iba más allá de las obligaciones recogidas en ésta, razón por la cual, como señala la propia Exposición de Motivos de la nueva Ley «Si bien la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003, introduce novedades para completar el mercado interior de la electricidad, hay que señalar que la mayor parte de las disposiciones establecidas en la misma ya se encuentran incorporadas en la legislación española, por lo que su adecuación sólo afecta a la necesidad de modificar aspectos puntuales».

Así, por ejemplo, la liberalización prevista inicialmente en la Ley se adelantó progresivamente hasta establecerse la elegibilidad total para todos los consumidores a partir del 1 de enero de 2003, de manera que ya antes

¹ Obra conjunta *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, coordinada por Vicente LÓPEZ-IBOR MAYOR, Thomson-Civitas, 2007.

de los plazos exigidos por la Directiva de 2003 se cumplían estas exigencias en el Derecho español. Existe, no obstante, un conjunto de materias que han requerido una adaptación de la normativa española a la mencionada Directiva².

Esta Directiva tiene por finalidad mejorar determinados aspectos de la competencia, según lo interpreta el legislador español, pues, según recoge la referida Exposición de Motivos de la Ley, «introduce (la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003) nuevas medidas para garantizar unas condiciones equitativas en el ámbito de la generación y para reducir el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes y comportamiento abusivo, garantizando así tarifas de transporte y distribución no discriminatorias mediante un acceso a la red basado en tarifas publicadas antes de su entrada en vigor, y velando por la protección de los derechos de los pequeños clientes y de los clientes vulnerables y la publicación de información sobre las fuentes de energía para producción de electricidad, así como referencia a las fuentes, cuando estén disponibles, que faciliten información sobre su impacto medioambiental».

La adaptación requerida por la Directiva efectuada a través de la Ley que se comenta no representa un cambio radical del modelo de regulación y competencia recogido en la Ley 54/1997, pero tampoco comporta sólo una mera adaptación dado que se recogen algunas modificaciones de calado y de carácter absolutamente esencial. En efecto, con la nueva Ley se ahonda en la liberalización e incremento de competencia en el sector eléctrico mediante la introducción de algunas modificaciones en el régimen de mercado, mediante la desaparición del sistema tarifario, clarificando y delimitando las funciones del distribuidor al que se desliga por completo del suministro y el mercado, profundizando en la separación de las actividades reguladas y liberalizadas mediante la introducción de la separación funcional, y dotando a la CNE de funciones adicionales de supervisión del sector.

La nueva Ley representa en tal medida un avance en la evolución del modelo de competencia regulada de la Ley 54/1997 antes perfeccionado, al reducirse el ámbito de lo regulado y ampliarse el ámbito de lo liberalizado.

Algunas modificaciones tienen una gran relevancia en el plano de los principios generales en que se basa la Ley. Así, no es en absoluto desdeñable la importancia de la modificación conceptual en materia de régimen de acti-

² La fecha límite de transposición recogida en la Directiva era la de 1 de julio de 2004, fecha que se ha incumplido, lo que ha dado lugar al procedimiento iniciado contra España, que ha resultado en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 21 de junio de 2007, en el asunto C-358/05, declarando que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva.

Además, se ha de señalar que la fecha efectiva para algunas obligaciones como la separación funcional era la de 1 de julio de 2004.

vidades en la nueva redacción del art. 2 de la LSE, al señalar que las actividades destinadas al suministro de energía se ejercerán garantizando ya no «el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio» tal como recogía ese precepto antes de su modificación, sino «el acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional»³, conservando en todo caso el carácter de servicio esencial.

Ello tiene relación, en realidad, con la nueva formulación de la obligación de garantía de suministro, recogida de manera coherente con lo anterior en la nueva redacción del art. 10.1 LSE, que ya no señala de manera genérica que «todos los consumidores tendrán derecho al suministro de energía eléctrica...», sino que «todos los consumidores tendrán derecho al acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, en el territorio nacional, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan por el Gobierno, con la colaboración de las Comunidades Autónomas».

Completándose lo anterior con el establecimiento de una obligación más taxativa de suministro para determinados consumidores a una tarifa de último recurso, en los siguientes términos recogidos en el segundo párrafo del mencionado art. 10.1 LSE: «Los consumidores que se determine tendrán derecho al suministro de energía eléctrica a precios máximos que podrán ser fijados por el Gobierno y tendrán la consideración de tarifas de último recurso» realizándose la determinación en la nueva Disposición Adicional Vigésimocuarta de la Ley.

En definitiva, la desaparición del sistema de tarifa conduce a una formulación diferente de la obligación de garantía de suministro, de modo que para el conjunto de consumidores se convierte dicha garantía en un derecho de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, y sólo para determinados consumidores se plasma en un efectivo derecho de servicio universal, en tanto derecho al suministro de energía eléctrica a precios máximos a través del suministrador de último recurso, si bien sigue calificándose el servicio con carácter general como esencial⁴.

³ Esta modificación se acomoda al régimen de la Directiva que en su art. 3.3 señala, en materia de obligaciones de servicio público, que los Estados miembros impondrán a las compañías de distribución la obligación de conectar a los consumidores a sus redes de acuerdo con las condiciones y tarifas establecidas de acuerdo con el art. 23.2.

⁴ Esta obligación de suministro a precios máximos se corresponde con la exigencia que la Directiva impone a los Estados miembros de establecer obligaciones de servicio público en esta materia, en cuyo art. 3.3 se señala: «Los Estados miembros deberán garantizar que todos los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas, es decir, las empresas que empleen a menos de cincuenta personas y cuyo volumen de negocios o balance general anual no exceda de diez millones de euros, disfruten en su territorio del derecho a un servicio universal, es decir, del derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables y transparentes [...] Para garantizar la prestación del servicio universal, los Estados miembros podrán designar un suministrador de último recurso». Se trata no tanto de una facultad como de una obligación respecto a los consumidores domésticos, y de una facultad respecto de las empresas referidas.

Las modificaciones más relevantes de la nueva Ley afectan al mercado minorista y no tanto al mayorista, que ya había sido objeto de varias modificaciones con anterioridad. Así, se produce la desaparición del sistema a tarifa el 1 de enero de 2009, prestando transitoriamente los distribuidores la actividad de suministro a tarifa tal y como vienen haciendo hasta ahora, conviviendo por tanto durante un periodo determinado (hasta la supresión del sistema a tarifa el 1 de enero de 2009) un sistema de tarifas integrales con la liberalización total exigida por la Directiva a partir de julio de 2007, y después y hasta el 1 de enero de 2010 convivirá eventualmente con un sistema de tarifas de último recurso para un amplio conjunto de consumidores que puede incluir no sólo los domésticos de baja tensión⁵. A ello hay que añadir que el Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007, establece en su Disposición Adicional Cuarta que «a partir de 1 de julio de 2008 se suprimen las tarifas generales de alta tensión y la tarifa horaria de potencia».

La Ley contempla la modificación de la configuración actual de la actividad de distribución, y la adaptación de los derechos y obligaciones de distribuidores y comercializadores al nuevo orden establecido, encargándose éstos de la actividad de suministro a todos los consumidores. Ello se acompaña de la creación de las tarifas de último recurso y de la asignación a los comercializadores que se determine reglamentariamente de la función de suministrador de último recurso.

Otro elemento de gran relevancia de la reforma y que resultaba necesario recoger en la normativa española para acomodarla a la europea es la introducción de medidas de separación funcional y de gestión de los gestores de redes de transporte y distribución respecto de intereses en actividades de generación y suministro, cuyo alcance es susceptible de variadas

⁵ Pues según la Disposición adicional vigésimo cuarta sobre Suministro de último recurso, a partir del 1 de enero de 2010 sólo podrían permanecer acogidos a tarifa de último recurso aquellos consumidores con suministros en baja tensión, permitiéndose por tanto la existencia de tarifas de último recurso entre el 1 de enero de 2009 hasta el 1 de enero de 2010 para un conjunto de consumidores amplio.

Se ha interpretado que la Directiva no prohíbe (pues no lo hace expresamente) que existan tarifas (más bien precios máximos) para otros consumidores distintos de los consumidores domésticos que se benefician de manera obligatoria del servicio universal (en su caso a través de tarifas de último recurso) o de las pequeñas empresas referidas (de menos de cincuenta trabajadores y diez millones de euros de volumen de negocios) a las que potestativamente los Estados miembros pueden también atribuir tal derecho. Así, el hecho de que la Directiva exija a los Estados Miembros un servicio universal (en términos de garantía de suministro a precios razonables y transparentes) sólo para los domésticos y sin embargo lo permita, pero sólo expresamente, para las empresas referidas, no impediría la extensión de un régimen de obligación de suministro a precios razonables a otros consumidores distintos, de mayor volumen. Otra cosa es la necesidad de que la aplicación en este ámbito del principio de subsidiariedad deba hacerse de forma compatible con las exigencias en esta materia impuestas por la propia Directiva en materia de obligaciones de servicio público y por el Derecho comunitario en general (es decir, se deberá superar el test conforme al cual las medidas sean las menos distorsionadoras del mercado y la competencia, de manera razonable, para conseguir los objetivos legítimos en cuestión, y cumplan con las medidas sobre ayudas de Estado o el Derecho de la competencia). Ver en este sentido, C. W. JONES, *EU Energy Law*, vol. 1, *The Internal Energy Market*, p. 143.

interpretaciones, lo que exigirá una labor de supervisión y control por parte de las Administraciones competentes.

Asimismo, se procede al refuerzo de las obligaciones del Operador de Sistema en su función de gestor de transporte y de garantía de seguridad de suministro, y a la modificación de la configuración de la actividad de transporte, diferenciando entre transporte primario y secundario, y se procede también a la asignación en régimen de exclusividad al gestor de la red de transporte de la actuación como transportista único en el territorio peninsular⁶, salvo habilitación para que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio autorice previo informe de la CNE y Comunidad Autónoma correspondiente, la titularidad a favor del distribuidor de la zona de instalaciones de 220 kV por sus características y funciones. En este mismo ámbito, se contempla el derecho de conexión como condición previa para la concesión del acceso a las redes, y para la autorización de instalaciones de generación, lo que ha merecido una valoración negativa de la CNE considerando que deberían ser examinados de manera más detenida los efectos que tal vinculación puede tener sobre una actividad liberalizada no sometida a planificación en la Ley como es la actividad de generación, o sobre la efectividad del derecho genérico al acceso⁷.

Como se ha señalado, las modificaciones recogidas en la Ley afectan fundamentalmente al mercado minorista y no tanto al mayorista, pues la nueva regulación de este último ya se había venido produciendo con otras normas legales y reglamentarias adoptadas con anterioridad, que han tenido por objeto el desarrollo del mercado a plazo, la contratación bilateral y el mercado ibérico.

En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley señala que ésta se propone mejorar la competencia y el funcionamiento eficaz del mercado, teniendo en cuenta la creación del Mercado Ibérico de la Electricidad, y las reformas efectuadas en el Real Decreto Ley 5/2005, de

⁶ Esta circunstancia ha merecido una valoración negativa del Consejo de la CNE, expresada mediante Acuerdo adoptado en sesión del día 7 de junio de 2007, en los siguientes términos: «Sobre las funciones de «Red Eléctrica de España, S.A.» como transportista: Esta Comisión no considera conveniente, ni necesario para garantizar la función de REE como operador del sistema, gestor único de las redes de transporte y transportista principal, atribuir a dicha sociedad un monopolio de derecho para ostentar la titularidad de las redes de transporte en España». Véase también Informe 18/2006, de 1 de junio de 2006, de la CNE en relación con el anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

⁷ Acuerdo adoptado en sesión del día 7 de junio de 2007. La CNE señala sobre los cambios mencionados «que van en detrimento del principio de libre acceso de terceros a la red, cuestión que es crucial en el proceso de liberalización del sector», entendiéndose que «la modificación del citado precepto altera el régimen actualmente vigente en la materia en el que, en primer lugar, procede la concesión del derecho de acceso definido como derecho abstracto al tránsito de energía por redes ajenas, que posibilita actuaciones posteriores para hacerlo eficaz, entre éstas, la vinculación del acceso conferido a un punto de conexión concreto. La alteración de la secuencia descrita en los términos propuestos por el Proyecto merma, a juicio de esta Comisión, el derecho de acceso reconocido con carácter general a los sujetos del sistema eléctrico».

11 de marzo, de reformas para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública y en el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico.

Ello se traduce en la adaptación de las posibilidades de contratación y de actuación de los agentes en el mercado; eliminando la figura de agente externo, que pasa a ser incluida en la figura de comercializador, y en la flexibilización de los requisitos para realizar intercambios intracomunitarios.

En efecto, la Ley 54/1997 había sido ya objeto de sucesivas modificaciones a través de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, con la finalidad de regular la contratación a plazo o de prever la posibilidad de desarrollo reglamentario de emisiones primarias de energía destinadas igualmente a fomentar la contratación a plazo, o a través del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, que contempla la posibilidad de que los distribuidores puedan concluir contratos bilaterales con entrega física, así como el reconocimiento a los sujetos portugueses para actuar en los mercados de energía eléctrica previstos en el Convenio Internacional entre España y Portugal suscrito en Santiago de Compostela el 1 de octubre de 2006 relativo a la creación de un Mercado Ibérico de la Electricidad.

En consecuencia, la Ley 17/2007 no recoge cambios sustanciales en el mercado de producción sino que se limita a mejorar la redacción de determinados artículos conforme a los cambios que ya se habían producido anteriormente a través de otras normas, de manera que las únicas modificaciones sustantivas se refieren a lo siguiente: 1) desaparición de la figura del agente externo, 2) liberalización plena de los intercambios intracomunitarios de electricidad, 3) modificación de la garantía de potencia como un componente de retribución obligatoria del mercado de producción⁸.

Las modificaciones con mayor incidencia en el modelo de competencia regulada que se recogen en la nueva Ley afectan, en consecuencia, al mercado minorista. La desaparición del sistema de tarifa integral y su sustitución por tarifas de último recurso debería eliminar el riesgo de que las tarifas puedan representar un obstáculo al desarrollo de la competencia efectiva en los mercados competitivos⁹.

⁸ Carlos VÁZQUEZ COBOS, «El Mercado Ibérico de la Electricidad tras la Ley 17/2007», pp. 171 y ss., capítulo II de la obra conjunta *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, Thomson-Civitas, 2007.

⁹ Véase las consideraciones realizadas en este sentido por la Comisión Europea en su estudio sectorial de la energía *Sector Inquiry* documento COM (2006) 851 final: Investigación de conformidad con el art. 17 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (informe final), en el que señala que «en varios Estados miembros, las tarifas reguladas han generado efectos nocivos para el desarrollo de unos mercados competitivos, puesto que se han fijado en unos niveles muy bajos en comparación con los precios de mercado y abarcan una gran parte del mercado, lo que da lugar a una nueva regulación. Del mismo modo, en varios Estados miembros se han examinado unas medidas especiales para reducir las facturas de electricidad de las industrias grandes consumidoras de energía. Estas medidas deben ser compatibles con las normas sobre competencia y sobre ayudas estatales».

La creación de tarifas de último recurso no debería representar un obstáculo al desarrollo de la competencia efectiva, siempre que se haga respetando las exigencias que en materia de obligaciones de servicio público contempla la Directiva, siendo relevante también a estos efectos cómo se designen los comercializadores encargados de prestar el suministro de último recurso.

La introducción de medidas de separación funcional y de gestión entre las actividades de red y las liberalizadas de producción y suministro debería contribuir a asegurar la garantía de ausencia de discriminación, por parte de los distribuidores en el ejercicio de sus funciones, en favor de las sociedades que desarrollan actividades libres dentro del mismo grupo. En sentido similar, la creación de la Oficina de Cambios de Suministrador debería contribuir a asegurar la ausencia de discriminación en la aplicación de los procedimientos de cambio de suministrador, si bien su efectividad dependerá del esquema de funcionamiento y composición de sus órganos de gestión que se contemple.

Otro de los elementos de interés de la reforma consiste en la atribución a la CNE de funciones adicionales en materia de supervisión, lo que se desarrolla en el capítulo siguiente.

En suma, la nueva Ley reguladora del sector eléctrico incide sobre el modelo de competencia regulada que caracteriza a dicho sector eléctrico mediante la introducción de nuevas técnicas regulatorias destinadas a incrementar la competencia, tales como la introducción de manera novedosa de medidas de separación funcional o de gestión, o mediante el avance en el desarrollo del ámbito de lo liberalizado frente a lo regulado a través de la desaparición de las tarifas, complementando lo anterior con una pieza clave en el funcionamiento del sistema, como es el incremento, al menos nominalmente y aunque sin recoger instrumentos para su desarrollo, de las funciones de supervisión del regulador sectorial.

B. REFERENCIA PARTICULAR A NOVEDADES LEGISLATIVAS Y REGLAMENTARIAS EN MATERIA DE MEDIDAS ESTRUCTURALES DE FOMENTO DE LA COMPETENCIA: SUBASTAS VIRTUALES DE ENERGÍA, OPERADORES PRINCIPALES Y OPERADORES DOMINANTES

Entre los instrumentos o técnicas que cabe utilizar para desarrollar la competencia en sectores regulados como el eléctrico se encuentran determinadas medidas estructurales a aplicar a algunos operadores que sobresalen por su importancia en el mercado. De esta naturaleza son las medidas contempladas en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, en particular en su art. 34 y en su Disposición Adicional Tercera, que se refieren respectivamente a medidas o limitaciones aplicables a los operadores principales (aquellos que se encuentren entre los cinco de mayor cuota del sector) y a los operadores dominantes (aquellos con una cuota superior al 10 por 100).

Se trata de medidas de promoción *ex ante* de la competencia, lo que justifica la atribución de las funciones de administración y supervisión en este ámbito al regulador sectorial. Con carácter general, las limitaciones aplicables a los operadores principales consisten en la prohibición para cualquier persona física o jurídica del ejercicio de sus derechos de voto correspondientes a participaciones accionariales en exceso sobre el 3 por 100 del capital social de más de un operador principal, y la prohibición de designación, por un accionista común a dos operadores principales, de los miembros de los órganos de administración de más de uno de dichos operadores.

Por lo que respecta a la otra figura de los llamados operadores dominantes, una de las limitaciones estructurales que revisten mayor importancia consiste en la posibilidad para el Gobierno de celebrar subastas virtuales de energía primaria, según se regula en la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 54/1997¹⁰.

La Ley 17/2007 objeto de comentario recoge algunas modificaciones sobre estas cuestiones, en materia de mercado geográfico a considerar en la determinación de los operadores principales, o en materia de procedimiento para la determinación anual de los operadores dominantes (obligando a la CNE a contar con un trámite previo de aprobación de la relación por el Consejo de Reguladores del MIBEL), e igualmente una modificación de la redacción de la mencionada Disposición Adicional Decimosexta en materia de emisiones primarias de energía.

a) *Novedades legislativas y reglamentarias en materia de emisiones de energía primarias y otros instrumentos de fomento de la contratación a plazo*

La Ley 36/2003 introdujo una nueva Disposición Adicional Decimosexta en la Ley 54/1997 destinada a regular mecanismos de mercado con el objetivo de fomentar la contratación a plazo.

La Ley 17/2007 recoge una modificación, aunque menor, en materia de emisiones de energía primaria, modificando la redacción de la referida Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 54/1997. La redacción de tal norma en la actualidad es la siguiente:

Disposición Adicional Decimosexta. Mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo.

El Gobierno podrá establecer por vía reglamentaria mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo de energía eléctrica. Dichos

¹⁰ Introducida a través de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre y modificada sucesivamente por el art. 21 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública; por el art. 1.14 del Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio; y, finalmente, por la Ley 17/2007, de 4 de julio.

mecanismos tomarán la forma de una emisión primaria de cierta cantidad de energía eléctrica, equivalente a una potencia determinada, en las condiciones y durante el periodo de tiempo que se especifiquen en la emisión.

Esta emisión primaria de energía será realizada por aquellos productores de energía eléctrica que tengan la condición de operadores dominantes en el Sector Eléctrico.

El Gobierno fijará reglamentariamente las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en esta emisión primaria de energía eléctrica, que deberá ser pública, transparente y no discriminatoria.

La nueva redacción elimina el anterior párrafo tercero que señalaba que «la potencia afectada en cada emisión no podrá ser superior, para cada operador dominante, al 20 por 100 de la potencia eléctrica instalada de la que sea directa o indirectamente titular. La capacidad de producción que podrá ser adquirida individualmente en cada emisión por cada participante quedará limitada a un máximo del 10 por 100 de la potencia total emitida».

Nada señalaba la Exposición de Motivos de la Ley 36/2003 en relación con esta concreta disposición que se comenta, pero de su incardinación en el art. 20 titulado «Contratación a plazo de energía eléctrica» de dicha Ley se deduce, pues, cuál es su finalidad. Además del apartado 9 del art. 20 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, el resto de apartados del referido artículo persiguen la misma finalidad consistente en acomodar el marco normativo previsto en la Ley 54/1997 para el fomento de la contratación a plazo de energía eléctrica.

Recientemente se ha aprobado el Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica, en cuya Exposición de Motivos se recoge la finalidad de promoción de la competencia perseguida con estas medidas de fomento de la contratación a plazo en los siguientes términos:

«El fomento de la contratación a plazo en el mercado eléctrico pretende evitar que las compañías eléctricas obligadas a las emisiones primarias acaparen la mayor parte de la energía negociada en el mercado *spot*.

Por medio de las emisiones primarias de energía, como medida de fomento de la contratación a plazo, lo que se persigue en último término es reducir el poder de mercado de los operadores como condición necesaria para una competencia efectiva. Por lo tanto, el fomento de la contratación a plazo es el instrumento por medio del cual se logra la finalidad esencial de las emisiones primarias de energía. Esta finalidad aparece más clara en las modificaciones ulteriores de la norma».

Las primeras emisiones primarias de energía (EPE) vienen realizándose en primer lugar de acuerdo con lo previsto en la Resolución del Secretario General de Energía, dictada el 19 de abril de 2007, en desarrollo de la habilitación conferida en la disposición adicional vigésima del Real

Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir de 1 de enero de 2007, que desarrolla la disposición adicional decimosexta de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico.

En el momento de aprobarse el Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica, se habían celebrado ya tres de las cinco subastas reguladas en la disposición adicional vigésima del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se revisa la tarifa eléctrica a partir del 1 de enero de 2007, siendo las empresas Endesa e Iberdrola en tanto operadores dominantes, los obligados a actuar como sujetos vendedores, y como sujetos compradores no pudieron actuar aquellos sujetos de mercado pertenecientes a los grupos empresariales considerados, en cada momento, como operadores principales en el sector eléctrico por resolución de la Comisión Nacional de Energía, excepto «Viesgo Generación, S.L.». La potencia a subastar resultaba prefijada y se repartió entre los productos base y punta, y dentro de éstos, en productos con entrega de energía trimestral, semestral y anual.

Las principales novedades que introduce el Real Decreto 324/2008 son la eliminación del producto trimestral, la reducción del número de subastas a realizar en el año, la forma de contratación de las entidades gestoras de las subastas, y la posibilidad de que el ejercicio de las opciones pueda hacerse por entrega física o por diferencias, según se determine para cada producto y para cada subasta¹¹.

Junto a las EPE, cabe referirse también al desarrollo de otras modalidades de fomento de la contratación a plazo, instauradas con anterioridad a la Ley 17/2007, en desarrollo de normas legales anteriores.

En efecto, como antes señalábamos, las modificaciones más importantes de la nueva Ley 17/2007 afectan al mercado minorista y no tanto al mayorista, el cual ya había sido objeto de determinados cambios con el Real Decreto-Ley 5/2005 y su desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modificaron determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico.

En desarrollo de esta norma se dictan varias Órdenes Ministeriales que desarrollan el mercado de contratación a plazo, como la Orden ITC/2129/2006, de 30 de junio y la Orden ITC/3990/2006, de 28 de diciembre, que regulan para el segundo semestre de 2006 y primer semestre de 2007 la obligación de las empresas distribuidoras de adquirir un porcentaje, respectivamente, del 5 por 100 y 10 por 100 de sus necesidades de energía eléctrica en el mercado a plazo del MIBEL (gestionado por OMIP-OMIClear), en consonancia con la cumbre Hispano-Lusa celebrada en Évora los días 18 y

¹¹ En desarrollo del mencionado Real Decreto se dicta la Resolución de 13 de mayo de 2008, de la Secretaría General de Energía, por la que se regulan las emisiones primarias de energía previstas en la disposición adicional única del Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero.

19 de noviembre de 2005 y los acuerdos de la cumbre Hispano-Lusa celebrada en Badajoz los días 24 y 25 de noviembre de 2006¹².

Después se introduce otra modalidad de contratación a plazo, a través de la Orden ITC/400/2007, de 26 de febrero, por la que se regulan los contratos bilaterales que firmen las empresas distribuidoras para el suministro a tarifa en el territorio peninsular, llamadas subastas CESUR, completando las posibilidades para que las empresas distribuidoras adquieran energía para su venta a los consumidores a tarifa, pudiendo así combinar las adquisiciones diarias e intradiarias en tiempo real en el mercado gestionado por OMIE con compras a plazo, bien en el mercado organizado de OMIP utilizando productos diseñados para sujetos mayoristas (carga base y carga pico), bien en las subastas que se regulan en la Orden citada, utilizando productos diseñados para sujetos minoristas (carga modulada).

Las subastas CESUR deberían tener un efecto favorable sobre el desarrollo de la contratación a plazo, y en consecuencia sobre la gestión del riesgo, pudiendo igualmente cumplir una función de desarrollo de la competencia, según reconoce la propia Exposición de Motivos de la Orden ITC/400/2007 que señala que «promueve la competencia en el mercado, elimina discriminaciones con los comercializadores de mercado libre, mejora la formación de los precios y facilita la confección de las tarifas reguladas».

El funcionamiento de estos mercados a plazo es objeto de supervisión por la CNE, tanto desde una perspectiva de corto plazo como de medio-largo plazo, tanto por lo que respecta a los aspectos de puro funcionamiento de las subastas como desde la perspectiva de su incidencia en el desarrollo del mercado a plazo o la competencia, y a ello nos referimos en apartados siguientes.

b) *Modificación del mercado geográfico de determinación de los operadores principales*

El Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, introdujo un régimen de limitaciones estructurales a aplicar a los accionistas comunes a varias empresas relevantes de los sectores energéticos (operadores principales), con la finalidad de salvaguardar la independencia de gestión de empresas competidoras, impidiendo que sus estrategias se coordinaran (o la información comercial sensible se intercambiara) debido a la presencia en sus órganos de gestión y capital social de accionistas comunes. La función de determinación anual de los operadores principales (definidos como los cinco de mayor cuota de mercado de cada sector energético) corresponde a la CNE según establece el mencionado art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000.

¹² En la actualidad, está vigente la Orden ITC/1865/2007, de 22 de junio, por la que se regula la contratación a plazo de energía eléctrica por los distribuidores en el segundo semestre de 2007 y en el primer semestre de 2008.

La Disposición Adicional Cuarta de la Ley 17/2007 recoge una modificación del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, en lo que se refiere al ámbito geográfico en el que se han de determinar los operadores principales del sector eléctrico, en particular una modificación del párrafo *a)* del apartado 2 del art. 34, de manera que las actividades eléctricas en las que la CNE ha de determinar anualmente dichos los operadores son las siguientes:

Generación y suministro de energía eléctrica

La modificación operada a través de la nueva Ley 17/2007 en la redacción del art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, conlleva la supresión de la referencia al Mercado Ibérico de la Electricidad que había sido introducida en la redacción del art. 34 a través del Real Decreto-Ley 5/2005. La redacción de la letra *a)* del apartado 2 ha sufrido varias modificaciones desde la entrada en vigor del art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, pues la redacción originaria del precepto se refería a «Generación, transporte y distribución de energía eléctrica», luego modificada a través del Real Decreto-Ley 5/2005 para referirse a la «Generación y suministro de energía eléctrica en el ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad», regresando ahora a una la redacción originaria en cuanto al mercado geográfico aunque manteniendo la referencia al mercado de producto recogido a través del mencionado Real Decreto-Ley 5/2005 (que suprimió el transporte y sustituyó la distribución por el suministro).

En consecuencia, a partir de ahora la CNE habrá de determinar la relación de operadores principales en el ámbito del mercado español, considerando las actividades de generación y suministro, siendo de interés señalar respecto a esta última actividad que la CNE ha considerado ya en sus Resoluciones dictadas en ejercicios anteriores, de acuerdo con una interpretación sistemática de la Ley 54/1997, que el concepto de suministro, regulado en la Ley de manera unitaria bajo un mismo título, debe englobar tanto el suministro a clientes que hubiesen optado por el mercado libre como el suministro a tarifa.

La opción por un mercado geográfico nacional y no ibérico en materia de operadores principales denota la ausencia de intención del legislador español de progresar en la adopción de un régimen simétrico de limitaciones accionariales y de designación de consejeros en España y Portugal.

c) La intervención del Consejo de Reguladores en materia de operadores dominantes

La segunda modificación legal del Real Decreto-Ley 6/2000 se recoge en el apartado 2 de la Adicional Cuarta de la Ley 17/2007 que comentamos,

y afecta al procedimiento de determinación de los llamados operadores dominantes, es decir, aquellos que dispongan de una cuota igual o superior al 10 por 100 del mercado en cuestión, y a los que se aplican determinadas limitaciones en pro de la competencia o del desarrollo del mercado a plazo (emisiones primarias de energía, prohibición de representación en el mercado mayorista de productores en régimen especial, prohibición de realización de adquisiciones intracomunitarias fuera del Mercado Ibérico o terceros países). El referido apartado 2 de la Adicional Cuarta de la Ley 17/2007 cambia la redacción del último párrafo de la disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 6/2000.

Dice textualmente el apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 17/2007:

«2. El último párrafo de la disposición adicional tercera queda redactado en los siguientes términos:

La Comisión Nacional de Energía, previo acuerdo del Consejo de Reguladores del MIBEL, hará público por medios telemáticos el listado de operadores dominantes a los que se refiere esta disposición adicional».

En definitiva, la nueva redacción introduce un requisito adicional para la CNE, con carácter previo a la publicación de la relación de operadores dominantes, que consiste en la necesidad de obtener un acuerdo sobre la citada relación en el Consejo de Reguladores del MIBEL. Este requisito procedimental tiene sentido en el contexto de creación y desarrollo de un Mercado Ibérico de la electricidad, por cuanto el objetivo es elaborar y difundir una relación de operadores dominantes en el sector eléctrico que sea común para España y Portugal.

El concepto de operador dominante en el Mercado Ibérico aparece desde la Cumbre Hispano-Lusa celebrada en Badajoz los días 24 y 25 de noviembre de 2006, y de manera más concreta en el Plan de Compatibilización Regulatoria firmado en Lisboa el 8 de marzo de 2007, entre las medidas para aumentar la competencia y reducir el poder de mercado, acompañando a otras como la celebración de emisiones primarias o la supresión de los CAES (contratos a largo plazo en Portugal). Dicho Plan de Compatibilización Regulatoria para el sector energético recoge un conjunto de materias sobre las que se debe presentar una propuesta compatibilizada de regulación por parte de las entidades reguladoras de cada país, en el ámbito del Consejo de Reguladores del MIBEL, entre las que se encuentra la definición del concepto de operador dominante y la metodología para su determinación.

Sin embargo, el Consejo de Reguladores del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL), integrado por las entidades reguladoras de energía, Comisión Nacional de Energía (CNE) y por la Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE); y por las entidades supervisoras financieras, Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y la Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), ha aprobado una propues-

ta de compatibilización del concepto de Operador Dominante para el mercado eléctrico en el ámbito del MIBEL con fecha febrero de 2008, en el que se establece que «la realidad de la integración de ambos mercados muestra una efectividad limitada en algunos aspectos y probablemente esto siga siendo así hasta que se materialicen los planes de aumento de interconexión entre ambos países anunciados. Por ello, se considera necesario, hasta que se consiga una integración mayor, para asegurar la defensa de los intereses de los consumidores de Portugal y España, que se abra un periodo transitorio en el que se definan dos mercados relevantes diferenciados y no un único mercado geográfico a los efectos de la efectividad de algunas de las limitaciones asociadas al concepto de operador dominante».

La nueva redacción del Convenio de Santiago tras su modificación a través de Convenio firmado en Braga el 18 de enero de 2008 en la XXIII Cumbre Hispano-Lusa, pendiente de entrar en vigor, recoge un nuevo art. 7 bis sobre «Fomento de la competencia» con la siguiente redacción:

«1. A efectos del MIBEL, tendrá la condición de Operador Dominante del mercado toda empresa o grupo empresarial que, directa o indirectamente, tenga una cuota de mercado superior al 10 por 100, medida en términos de energía eléctrica producida en el ámbito del MIBEL, sin tomar en consideración la producción en Régimen especial, o bien medida en términos de energía eléctrica comercializada.

A estos efectos, la empresa o grupo empresarial tendrá la consideración de Dominante cuando supere dicho umbral en cualquiera de las dos actividades mencionadas (generación o comercialización) o en ambas simultáneamente.

2. A los operadores dominantes les podrá ser impuesto el siguiente conjunto de limitaciones y obligaciones:

- a) Posibilidad de realización de subastas de capacidad de carácter virtual u otros instrumentos análogos que fomenten la desintegración vertical, en cantidades que se establecerán anualmente por las partes, de forma coordinada entre sistemas y teniendo en cuenta la cuota relativa de los diferentes operadores dominantes.
- b) Restricciones a la adquisición de energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del MIBEL, en la medida en que existan congestiones en la capacidad de interconexión.
- c) Imposibilidad de representación de productores en Régimen Especial (PER) siempre que su participación, directa o indirecta, en ellos sea inferior al 50 por 100 del capital.
- d) Restricciones totales o parciales tanto en la concesión de autorizaciones para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica como en la evacuación de energía, cuando existan situaciones de congestión en puntos concretos de las redes.

3. El Consejo de Reguladores determinará, al menos con periodicidad anual, los sujetos que verifiquen las condiciones para ser considerados operadores dominantes. Las partes definirán las limitaciones y obligaciones de entre las señaladas anteriormente a aplicar a los diferentes operadores

dominantes identificados, siendo competencia de cada parte la aplicación legal de las limitaciones a que hace referencia este artículo a los operadores dominantes correspondientes con sede o sucursal en su territorio».

Precisamente en este último apartado 3 del art. 7 bis se señala la necesidad de determinación, al menos anual, por el Consejo de Reguladores, de las relaciones de operadores dominantes.

3. EL NUEVO MARCO LEGAL DE RELACIONES ENTRE AUTORIDADES DE COMPETENCIA Y REGULADORES SECTORIALES Y REFORZAMIENTO PARA ÉSTOS DE SU FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN

Como antes señalábamos, parece lógico y coherente con la elección de un sistema de aplicación de las reglas de competencia de carácter horizontal, dotar sin embargo a los reguladores sectoriales de funciones reforzadas de supervisión y de detección de prácticas anticompetitivas, y con carácter general, de los instrumentos que les permita promover la competencia con una perspectiva *ex ante*.

Las novedades legislativas en este ámbito en el ejercicio pasado se concretan en la aprobación de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, cuyo art. 17 desarrolla los mecanismos de coordinación entre ambas instancias, Autoridad de Competencia y reguladores sectoriales, recogiendo de manera expresa la necesidad de informe del regulador o de la Autoridad de Competencia en los respectivos expedientes (ya con anterioridad el art. 51 bis de la Ley 16/89 derogada, introducido a través de la Ley 52/1999, recogía el criterio de competencia ejecutiva e instructora exclusiva de las Autoridades de Competencia en la aplicación de dicha Ley). Se opta así por un modelo de «competencia concentrada» y no «difusa» (de plena concurrencia o superposición competencial) o «dispositiva»¹³, por cuanto la competencia se concentra y ejerce de manera exclusiva por la Autoridad de Competencia, clarificando la nueva Ley el régimen de intervención consultiva del regulador sectorial.

En definitiva, la reclamación del regulador energético (recogida tanto en los comentarios de la CNE al Libro Blanco como sobre el Anteproyecto de Ley) de que se le otorgaran facultades de instrucción de los expedientes sobre prácticas prohibidas por la Ley de Competencia que tuvieran lugar en los sectores energéticos¹⁴, decae completamente con la aproba-

¹³ Véase Mariano BACIGALUPO SAGGESE, «La Coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los Reguladores Sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, p. 406.

¹⁴ Véase informe de la CNE por el que se realizan comentarios al Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia, de 31 de marzo de 2005, así como el informe sobre el Anteproyecto de la Ley de Defensa de la Competencia, ambos en la página web de la CNE.

ción de la nueva Ley, pues ésta recoge el mismo mecanismo plasmado en la Ley de Hidrocarburos (función Duodécima de la Adicional Undécima.Tercero.1) consistente en la detección por el regulador y puesta en conocimiento a la Comisión Nacional de Competencia, de «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» [letra *a*) del apartado 2 del art. 17 de la Ley 15/2007].

Y la nueva la Ley horizontal recoge ahora de manera expresa lo que ya hacía y sigue haciendo la Ley sectorial (función Decimoquinta de la Adicional Undécima.Tercero.1 de la Ley 34/1998), a saber, la necesidad de informe preceptivo (aunque no vinculante) del regulador energético respecto de las operaciones de concentración de empresas energéticas¹⁵. Así, en su apartado 2, el art. 17 de la Ley 15/2007 señala, en la letra *c*) que «la Comisión Nacional de la Competencia 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».

A ello se añade ahora [letra *d*) del apartado 2 del art. 17 de la Ley 15/2007] la necesidad de informe no vinculante del regulador sectorial a solicitar tanto por la Comisión Nacional de Competencia como por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, sobre los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia previstas en la Ley de Competencia. Entendemos que la expresión «solicitarán» dota al informe a solicitar al regulador sectorial del carácter de preceptivo, sin que exista pues la potestad de solicitarlo o no para el órgano instructor, y ello incluye a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

Pero las obligaciones de coordinación no se materializan solamente en una obligación de petición de informe de la Autoridad de Competencia respecto del regulador, sino igualmente viceversa, de manera que la nueva Ley recoge de manera novedosa que «los reguladores sectoriales solicitarán informe a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados» [letra *b*)]. Nótese respecto de este supuesto que a diferencia de los anteriores, el regulador sectorial tiene cierto margen de apreciación en la decisión de recabar a la CNC el informe mencionado, a la vista de su propia interpretación de si el proyecto normativo incide o no de manera significativa en las condiciones de competencia en los mercados.

¹⁵ En su apartado 2, el art. 17 de la Ley 15/2007 señala, en la letra *b*) que «la Comisión Nacional de la Competencia 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».

Por último, la Ley prevé un mecanismo de coordinación institucional, consistente en que «los presidentes de la Comisión Nacional de la Competencia 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» (apartado 3 del art. 17). A este respecto hay que señalar que ya antes de haber entrado en vigor esta norma, la CNE había concluido un protocolo de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia en el que se anticipan los mecanismos de coordinación, y que tiene por finalidad facilitar la cooperación de ambas partes en la ejecución de sus funciones respectivas en asuntos de competencia, evitando duplicidad de actuaciones y garantizando la consistencia entre las decisiones tomadas o acciones emprendidas por las partes en relación con asuntos de competencia entre operadores¹⁶.

Como complemento de todo lo anterior, las dos nuevas leyes sectoriales recogen, «sin perjuicio de las competencias atribuidas a los diferentes órganos de Defensa de la Competencia» (para hacerlo todo coherente con el esquema de atribución de competencias que se acaba de ver), una función reforzada de supervisión del regulador sectorial, dentro de un nuevo apartado 5 del art. 3 de la Ley 54/1997, introducido a través de la Ley 17/2007, y de un apartado 4 del art. 3 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, introducido a través de la Ley 12/2007, todo ello con la finalidad de «garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado», a cuyo efecto la CNE habrá de supervisar en los sectores de electricidad y gas natural un conjunto de materias¹⁷.

Estas materias, algunas específicas de cada sector, otras comunes, que recogemos de manera conjunta para la electricidad y gas, serían las siguientes: la gestión y asignación de capacidad de interconexión; los mecanismos destinados a solventar la congestión de la capacidad en las redes; el tiempo utilizado por el transportista y las empresas de distribución en efectuar conexiones y reparaciones; la publicación de información adecuada por parte de los gestores de red de transporte y distribución sobre las interconexiones, la utilización de la red y la asignación de capacidades a las partes interesadas; la separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre actividades de generación, transporte, distribución, y suministro; las condiciones y tarifas de conexión aplicables a los nuevos productores de electricidad; la medida en que los gestores de redes de trans-

¹⁶ Para un detalle de este protocolo, véase Mariano BACIGALUPO SAGGESE, «La Coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los Reguladores Sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, pp. 415 y ss.

¹⁷ Un análisis más detallado de esta función de supervisión y su encaje en el conjunto de funciones de la CNE lo realicé en «Comentario de las nuevas funciones de supervisión de la CNE y de la nueva redacción de la función Decimocuarta», en el trabajo conjunto *Comentarios a la Ley de Reforma a la Ley del Sector Eléctrico: Ley 17 de 2007*, Aranzadi, 2007.

porte y distribución están cumpliendo sus funciones; el nivel de transparencia y de competencia; el cumplimiento de la normativa y procedimientos relacionados con los cambios de suministrador que se realicen, así como la actividad de la Oficina de Cambios de Suministrador; el cumplimiento de las obligaciones de información que sea proporcionada a los consumidores acerca del origen de la energía eléctrica que consumen, así como de los impactos ambientales de las distintas fuentes de energía utilizadas; las condiciones de acceso al almacenamiento de gas natural.

Se atribuye además a la Comisión Nacional de Energía la potestad de dictar Circulares a publicar en el *Boletín Oficial del Estado*, para recabar de los sujetos que actúan en el mercado eléctrico o gasista cuanta información requiera para efectuar la supervisión.

La función de supervisión es una pieza clave en el funcionamiento del sistema, pues ha de permitir incrementar la eficacia del sistema en términos de promoción de la competencia, de manera que este sistema no esté basado solamente en la aplicación *ex post* de las normas sancionadoras por las Autoridades de Competencia y cuando estas prácticas ya se han realizado, sino igualmente de manera *ex ante* por los reguladores sectoriales.

Entre los instrumentos a disposición de estos reguladores para dicha promoción de la competencia se encuentra la propuesta en el momento oportuno de una regulación diferente, que atienda a la eliminación de ineficiencias regulatorias, o que promueva la aparición de incentivos o señales económicos adecuados para desarrollar determinadas actividades en términos eficientes, competitivos y al menor coste posible. Pero también se dispone de la función de supervisión, tanto de actividades reguladas o monopolísticas como de actividades en libre competencia, que ha de permitir, máxime respecto de estas últimas, que las prácticas contrarias a la competencia no se desarrollen, o que una vez detectadas no resulten impunes si es el regulador, por su proximidad, mejor información y conocimiento de los mercados, el más idóneo para detectarlos.

La función de supervisión ha cobrado una importancia creciente también en otros ordenamientos, como en Estados Unidos, donde en 2002 fue creada por la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) una Oficina de Supervisión e Investigación de Mercados (*Office of Market Oversight and Investigation*, OMOI) con objeto de realizar una supervisión de los mercados y el propósito de evitar situaciones como la crisis de California, y la atribución en la sección 1238 de la Energy Policy Act de 2005 a la FERC de una potestad de dictar normas destinadas a impedir la comisión de prácticas anticompetitivas. La OMOI ha realizado desde su creación una labor de supervisión de los mercados eléctricos orientada a la detección de ineficiencias, incremento de la información y transparencia de los mercados, coordinación de los agentes y Operadores del Sistema, facilitando así a los agentes ajustar sus contrataciones a la realidad de los mercados, en términos de precios, capacidad, etc. Todo ello ha permitido considerar que la perspectiva de FERC en el cumplimiento de su misión ha variado de mane-

ra significativa, hasta el punto de considerar que ha evolucionado desde la tradicional función de establecer precios justos y razonables hacia la de «asegurar que los mercados funcionen»¹⁸.

La labor de la OMOI queda recogida en un informe anual de Situación de los Mercados, y algo semejante contempla respecto a la CNE la nueva Ley, cuya Disposición Adicional Quinta de la Ley 17/2007, bajo el título de Supervisión de mercado eléctrico, señala que «la Comisión Nacional de Energía, en el ejercicio de las funciones de supervisión que tiene encomendadas, remitirá anualmente un informe al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio analizando el grado de desarrollo de la competencia en el mercado eléctrico incluyendo, en su caso, propuestas de reforma regulatoria destinadas a reforzar el grado de competencia efectiva en el sector».

La CNE viene ejerciendo sus funciones de supervisión de mercados mediante el ejercicio de sus antiguas funciones de detección de indicios de prácticas contrarias a la competencia (función Duodécima), y ahora igualmente mediante la redacción de informes de supervisión, de diferente naturaleza y en los diferentes sectores energéticos.

Tal como se recoge en la página web de la CNE, la tipología de los informes de supervisión de los mercados es variada. A continuación recogemos las referencias en la página web de la CNE a la actividad supervisora de la CNE, si bien hay que señalar que existen otras actividades de supervisión y en su caso informes que no se refieren ahí.

Para el mercado eléctrico, el objetivo que se fija la CNE es el de supervisión del mercado eléctrico en sus distintas modalidades: mercado mayorista a corto-medio plazo¹⁹, mercado mayorista a largo plazo (cobertura de la demanda y del tipo de generación que entra en el mercado); mercado minorista (evolución del cambio de suministrador y problemas relacionados con dicho cambio, análisis de márgenes de comercialización y del mercado potencial para la extensión real del mercado libre).

La supervisión comprende no sólo los mercados eléctricos al contado, sino igualmente los mercados derivados de la energía, mercados a plazo: mercados de futuros del MIBEL y negociación OTC; subastas (de adquisición de energía por parte de los distribuidores de energía eléctrica, emisiones primarias de energía y otros tipos de subastas en el que exista un subyacente a plazo).

Para el mercado de gas, la CNE se propone el objetivo de supervisión del mercado global del gas, analizando: mercado mayorista (seguimiento del nivel de competencia en el mercado, diversificación de aprovisiona-

¹⁸ Juan DE LA CRUZ FERRER, «Bases para el diseño de los mercados eléctricos», en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, enero-abril 2007, núm. 28, p. 30.

¹⁹ Análisis estructural (determinación del mercado relevante, índices de concentración, análisis de oferta y demanda residual). Análisis de comportamiento (*benchmarking* de precios, alteraciones del orden de mérito, política de oferta de los agentes, análisis de rentabilidad, análisis de uniformidad de condiciones de venta y análisis de la explotación hidráulica).

mientos, evolución de las subastas de gas y contratación y condiciones de acceso de terceros a redes); mercado minorista (funcionamiento del mercado y actividad de comercialización de último recurso).

Para el mercado del petróleo, el objetivo de supervisión es el mercado de los productos derivados del petróleo en el territorio nacional, examinando: mercados global de hidrocarburos²⁰; mercado logístico de distribución de productos petrolíferos²¹; mercado de estaciones de servicio²²; mercado de comercialización de biocarburantes; actividades relacionadas con sostenibilidad.

Por último, dentro de la actividad de supervisión se pretende recoger también un análisis de la competencia en los mercados de energía, en tanto análisis sectorial a partir de la secuencia estructura-conducta-resultados con objeto de complementar el análisis realizado por los informes de mercados sectoriales, en la que se analiza las condiciones de competencia en los mercados; la estructura empresarial del sector energético, y resultados empresariales por actividad (análisis económico-financiero).

4. BREVE REFERENCIA A LA PRÁCTICA DE EJERCICIO POR LA CNE DE SUS FUNCIONES DE SUPERVISIÓN Y COMO ÓRGANO CONSULTIVO EN MATERIA DE CONCENTRACIONES

A. LA FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN

La CNE ha comenzado ya su labor de supervisión mediante la redacción de algunos de los informes periódicos de supervisión correspondientes a las actividades y periodos que acabamos de recoger, otros sin embargo están siendo elaborados o lo serán en el futuro. Así, se viene redactando un boletín semanal del mercado de la electricidad, en el que se proporciona información sobre los balances de energía y precios en cada uno de los segmentos del mercado diario, intradiario y mecanismos de operación del sistema. Se redactan igualmente otros informes de supervisión que por su naturaleza no se publican directamente en la página web de la CNE.

Para los mercados derivados de la energía se realizan boletines que recogen información semanal y mensual sobre los futuros y mercados eléctricos OTC, en los que incluyen información sobre el análisis de los mercados a plazo con subyacente eléctrico, sobre los precios y volúmenes de contratación a plazo en los mercados organizados (mercado de futuros ges-

²⁰ Mediante informes periódicos (diarios, semanales, mensuales y anuales) que analizan la evolución de los principales parámetros y su evolución frente al resto de países europeos.

²¹ Mediante la publicación en la página web de las condiciones de los contratos logísticos suscritos por todos los operadores petroleros y logísticos según lo indicado en el art. 2 del RDL 6/2000.

²² Mediante los informes de supervisión en áreas micro que permitirán el seguimiento del 5 por 100 de la red cada año y la totalidad del mercado canario.

tionado por OMIP) y no organizados (mercado OTC)²³, así como boletines mensuales sobre el Mercado Ibérico de la Electricidad²⁴.

En el sector de gas se vienen realizando informes mensuales de supervisión del mercado mayorista de gas, que recoge información sobre el mercado de GNL internacional y el mercado de gas en España, realizando un seguimiento de la demanda, las existencias, el tránsito internacional, el mercado secundario y los precios de gas.

También se realiza una supervisión mensual de los abastecimientos de gas y la diversificación de suministro, recogiendo información sobre la evolución mensual del abastecimiento de gas natural al mercado español y el grado de diversificación de suministro, así como el abastecimiento mensual de GNL en Europa por país importado. Asimismo, se supervisa la gestión técnica del sistema gasista o el mercado minorista²⁵. Además se realizan informes anuales de supervisión de los mercados mayorista y minorista de gas natural en 2006 y comparativa internacional, que recoge información sobre la evolución de los precios del gas en los mercados internacionales en comparación con el coste de la materia prima en el mercado español, y realiza un análisis comparativo del precio del gas natural en los Estados miembros de la UE, tanto para consumidores domésticos como para consumidores industriales; y en el ámbito español se realiza un *Informe anual de supervisión del mercado minorista de gas natural en España*, en el que se analiza la evolución del mercado de gas natural en España, prestando especial atención al análisis de la evolución de la demanda de gas, al crecimiento y extensión de la red a nuevos clientes, así como a la evolución de los suministros en el mercado liberalizado, indicando las cuotas de mercado de los distintos comercializadores, tanto en términos de ventas como en número de clientes. Por último, cabe mencionar la supervisión del mercado minorista por Comunidades Autónomas²⁶.

²³ Asimismo, ofrece información sobre variables relacionadas con los fundamentales que afectan tanto al precio *spot* como a los precios a plazo y que permiten, por tanto, comprender mejor la evolución de los precios de contratos a plazo con subyacente eléctrico. Por último, incluye información sobre la contratación a plazo en otros mercados internacionales como PowerNext, European Energy Exchange (EEX) o NordPool.

²⁴ Recoge información mensual de seguimiento del MIBEL elaborado por el Consejo de Reguladores. Contiene información sobre mercado a plazo, mercado diario y contratación bilateral en España, producción y contratación bilateral en Portugal, utilización de las interconexiones, precios de electricidad en mercados internacionales, y precios de combustibles: gas natural, fuel-óleo, carbón.

²⁵ *Informe mensual de supervisión de la gestión técnica del sistema gasista*, que recoge información sobre la gestión técnica del sistema gasista, las entradas y salidas de gas, el balance del sistema, los niveles de existencias, la operación y el mantenimiento de las instalaciones de transporte; *informe trimestral de supervisión del mercado minorista de gas natural en España* que recoge los datos más significativos de la evolución del mercado minorista de gas natural en España, así como las cuotas de mercado de los diferentes grupos empresariales, por volumen de ventas y por número de clientes.

²⁶ *Informes anuales de supervisión del mercado minorista de gas natural por Comunidades Autónomas*, que analizan la evolución del mercado de gas natural en cada Comunidad Autónoma, prestando especial atención al análisis de la evolución de la demanda de gas, al crecimiento y extensión de la red a nuevos clientes, así como a la evolución de los suministros en el mercado liberalizado, indicando las cuotas de mercado de los distintos comercializadores, tanto en términos de ventas como en número de clientes.

En el mercado de petróleo, la CNE viene realizando informes semanales de supervisión del mercado logístico²⁷, así como la supervisión de las estaciones de servicios, tanto con carácter macro²⁸ como micro²⁹.

En relación con las subastas virtuales de energía en el mercado eléctrico, la Comisión ha tenido la ocasión de realizar de manera inicial un análisis y supervisión de las mismas, en su *Informe de valoración preliminar sobre las subastas de emisiones primarias de energía y CESUR*, en el que se señalan algunos elementos que las subastas deberían tener a fin de promover adecuadamente la contratación a plazo y la competencia³⁰, en consonancia con las conclusiones de los análisis realizados en esta materia por la Comisión Europea³¹.

En este punto, resulta interesante señalar que existe un cierto escepticismo en el ámbito comunitario europeo sobre la idoneidad en todos los casos de las emisiones primarias de energía para cumplir el objetivo de desarrollo de la competencia, y en los análisis de la CNE también se ha puesto de manifiesto, sin perjuicio de una valoración positiva de las subastas realizadas en cuanto mecanismo para incrementar la liquidez del mercado a plazo y el aprendizaje de su funcionamiento, algún grado de escepticismo por lo que respecta a la funcionalidad de dichos mecanismos de contratos a plazo, tal como están diseñados ahora, para reducir el ejercicio de poder de mercado o los precios.

²⁷ *Informe semanal de supervisión del mercado de hidrocarburos. Estado del mercado logístico en España* mediante la conexión a la página web de la CNE que muestra las condiciones de precio de la totalidad de los terminales españoles.

²⁸ *Informes mensuales de precios de carburantes en España y Unión Europea: supervisión de la evolución a nivel global de los precios en estaciones de servicio comparando con el resto de los países de la Unión Europea*. Y con carácter semestral, informe semestral sobre supervisión a nivel agregado de los precios en estaciones de servicio en España, desglosando los componentes básicos del mismo, su evolución y el comportamiento frente a distintas sensibilidades.

²⁹ Análisis de la traslación de precios en el sector de distribución al por menor de carburantes de automoción en un área geográfica concreta para extraer conclusiones relevantes sobre el nivel de competencia, grado de alineamiento o dispersión, contestabilidad en precios tanto inter-marca como intra-marca en áreas concretas.

³⁰ «En resumen, se propone revisar el planteamiento de fondo de las actuales subastas de emisiones primarias de energía, también a la vista de los planes de una posible celebración conjunta de subastas virtuales de capacidad en el ámbito del MIBEL. Por tanto, si se considerara que estas subastas deben estar enfocadas esencialmente hacia el fomento de la contratación a plazo, como instrumento de cobertura de riesgo, parecería adecuado pasar a una nueva fase de su desarrollo, caracterizada por una eliminación de la obligatoriedad que existe en el programa actual. Y, finalmente, si se valorara que existen problemas de competencia que las subastas virtuales pueden contribuir a resolver, sería necesario el establecimiento de un instrumento adicional más eficaz, de naturaleza obligatoria para los operadores con posiciones de dominio, orientado principalmente a incentivar la nueva entrada en el medio-largo plazo en los mercados de generación y comercialización y, en la medida de lo posible, a mitigar en el corto plazo el ejercicio potencial de poder de mercado que se haya previamente detectado. En todo caso, como condición previa a la implantación de este tipo de medidas deberían solucionarse todos aquellos aspectos que pueden distorsionar el funcionamiento del mercado minorista, como por ejemplo la estructura actual de las tarifas eléctricas.»

³¹ Véase informe de DG COMP *Antitrust remedies in the gas and electricity sectors*, Discussion paper presented to the Energy Day 2007.

En tal sentido, se advierte que como consecuencia de las subastas citadas existe ciertamente un mayor volumen de intercambios de contratación a plazo pero que parecen, de momento, orientados a optimizar posiciones mediante operaciones de cobertura y arbitrajes, sin que resulte claro cómo contribuyen a modificar las estrategias de oferta de los operadores dominantes en el mercado mayorista de contado o para permitir la entrada de nuevos agentes o el desarrollo de los incumbentes de tamaño más reducido que los dominantes, y advirtiendo en todo caso una cierta consistencia entre los precios de las subastas y los precios observados en los mercados a plazo, lo cual indicaría que a través de operaciones de arbitraje entre los diferentes instrumentos a plazo, los precios en ellos tiendan a estar alineados y a ser similares, reflejando en última instancia el precio esperado en el mercado *spot*.

B. NOVEDADES PRÁCTICAS EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO POR LA CNE DE SU POTESTAD AUTORIZATORIA EN MATERIA DE OPERADORES PRINCIPALES AL AMPARO DEL ART. 34.5 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000

La referencia a la intervención de la CNE en el ámbito de la supervisión o competencia en términos *ex ante* sería incompleta si no se hiciera referencia a una función que, siendo ejecutiva, sí está atribuida a la CNE en un ámbito claramente atinente a la defensa de la competencia, pues su configuración como norma y control *ex ante* y no *ex post* (y en tal medida no representativo por tanto de una acción administrativa tendente a sancionar una infracción tipificada que hubiera obligado a una instrucción previa por el órgano especializado en competencia) ha permitido la atribución de su administración al regulador sectorial.

En el ejercicio de 2007 la CNE ha tenido la oportunidad de decidir un nuevo expediente de solicitud de autorización de ejercicio de derecho de voto y nombramiento de consejeros al amparo del núm. 5 del art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, precepto este último que prevé limitaciones estructurales (ejercicio de derecho de voto y nombramiento de consejeros) aplicadas a los titulares de participaciones accionariales en exceso sobre el 3 por 100 en el capital social de más de uno de los llamados operadores principales, determinados anualmente por la CNE como los cinco primeros de cada sector energético.

El expediente se refiere a la solicitud de autorización de ACS, presente en Unión Fenosa con una participación de alrededor del 40 por 100, para ejercer derechos de voto en exceso sobre el 3 por 100 hasta una participación inferior al 25 por 100 en el capital social de Iberdrola.

De manera novedosa respecto de la práctica administrativa manifestada por la CNE en dos expedientes similares examinados en 2001 y 2005 (asuntos AEV 1/2001 *La Caixa/Endesa* y AEV 1/2005 *BBVA/Iberdrola*), el regu-

lador decide en este caso, en lo que representa una clara evolución de su doctrina previa, de manera diferenciada respecto de tales expedientes, ampliando el ámbito de materias sobre las que se permite a ACS el ejercicio de derecho de voto en las Juntas de Accionistas de Iberdrola, y recogiendo además una doctrina singular en materia de nombramiento de Consejeros.

La importancia de la evolución se constata si se atiende a las características fácticas que acompañan a este asunto, y su comparación con los dos expedientes previos, singularmente el decidido en 2005. La evolución de la doctrina no fue unánime, por cuanto se recogen tres votos particulares, uno de los cuales atiende sustancialmente a la práctica administrativa anterior, y otros dos votos conjuntos que disienten sobre el pronunciamiento de la mayoría en materia de autorización para el nombramiento de consejeros.

En efecto, la marcada presencia de ACS en el operador principal Unión Fenosa, que condujo a finales de 2005 al Servicio de Defensa de la Competencia a estimar, con ocasión del examen de la operación de incremento de la participación accionarial en un 10 por 100 hasta el 34,5 por 100 del capital social de Unión Fenosa, que ACS obtenía con esa nueva participación la capacidad de ejercer influencia decisiva en el operador eléctrico mencionado, constituye un elemento fáctico comparable en importancia a la presencia de La Caixa en Gas Natural, examinada en el ejercicio 2001, en realidad de aun mayor importancia, si se atiende al hecho que La Caixa no disponía del control exclusivo sino conjunto sobre Gas Natural, mientras que el tipo de control o influencia decisiva al que alude el Servicio de Defensa de Competencia respecto de ACS sobre Unión Fenosa es de control exclusivo.

Además, la comparación con este asunto permite constatar una diferencia adicional de no poca importancia, pues la participación sobre la que se solicita autorización es, en el asunto *La Caixa/Endesa*, de aproximadamente el 5 por 100, mientras que en el asunto AEV 1/2007 es de casi el 25 por 100. Mientras que en el expediente AEV 1/2005, la CNE decidió en los mismos términos restrictivos que en 2001, si bien las participaciones de BBVA en ambos operadores principales era de aproximadamente el 5 por 100, no disponiendo en ninguno de ambos, por tanto, de ninguna suerte de influencia decisiva, ni exclusiva ni conjunta, y además, la participación en Gas Natural se disponía a través de Repsol.

Lo anterior no es óbice para una nueva valoración de la CNE, sustentada en los conceptos jurídicos indeterminados en juego al aplicar la potestad autorizatoria, así como en una importancia creciente otorgada a determinados principios generales de entidad tan indiscutible como el principio de libertad de empresa o de propiedad privada, recogidos en la motivación de la Resolución.

Como antes señalábamos, las novedades esenciales del expediente decidido en 2007 se refieren en primer lugar a la ampliación del ámbito de

decisión otorgado al accionista respecto de la nueva sociedad sobre la que solicita ejercitar derechos de voto sin limitación. A diferencia de los dos expedientes previos antes citados, en los que se señalaba de manera expresa el ámbito de materias sobre los que se podía votar sin restricciones (aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión, y aplicación del resultado), en el decidido en 2007 se modifica el mecanismo autorizador, señalando mediante una lista negativa las materias sobre las que no se permite ejercer derechos de voto, de lo que se deduce que sobre todo lo demás sí podrán votar.

Y en materia de designación de consejeros, la novedad de la Resolución de 2007 consiste en que no recoge ya, como se hizo por ejemplo en la Resolución del expediente decidido en 2001, la prohibición, de manera expresa, de nombrar o designar consejeros por ningún procedimiento, ya sea en ejercicio del derecho de representación proporcional *ex art.* 137 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), por cooptación (*art.* 138 LSA) o por el procedimiento general a través de la Junta de Accionistas, sino que se limita la prohibición a la de designación por el procedimiento de los arts. 137 (representación proporcional) y 138 (cooptación) de la Ley de Sociedades Anónimas, de lo que se deduce, *sensu contrario*, que ACS podría nombrar consejeros independientes (algo expresamente prohibido en expedientes anteriores) u otros consejeros como por ejemplo ejecutivos (que determinan la estrategia de la sociedad) si se entiende que así está «designando» en los términos del art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, mediante el ejercicio de sus derechos de voto con mayoría fáctica (a la vista de la dispersión del capital social y de la importancia relativa de su participación) en las reuniones de la Junta de Accionistas.

C. EJERCICIO DE SUS FUNCIONES COMO ÓRGANO CONSULTIVO SOBRE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Según hemos visto, los reguladores sectoriales no tienen funciones ejecutivas en materia de competencia, y se limitarían en consecuencia a cooperar con las Autoridades de Competencia, y a actuar como órganos consultivos de la Administración competente en tales materias.

Por tal razón, la práctica de la CNE en materia de competencia está integrada más bien por informes sobre operaciones de concentraciones, o por informes por los que se pone en conocimiento de la Autoridad de Competencia la existencia de eventuales indicios de prácticas contrarias a la Ley de Competencia, o informes de supervisión en ejercicio de su nueva función en esta materia.

La CNE también interviene en los procesos de concentración en ejercicio de la célebre función Decimocuarta, de las que tiene atribuidas en la Adicional Undécima.Tercero.1 de la Ley de Hidrocarburos, pero en ejercicio de tal potestad no realiza un examen de las operaciones bajo la pers-

pectiva de defensa de la competencia, sino que atiende a los efectos de la misma sobre las llamadas actividades reguladas y que impliquen una relación de sujeción especial, considerando aspectos de interés general y política energética, incidencia sobre los llamados activos estratégicos y sobre la seguridad pública y de abastecimiento con carácter general.

No entramos aquí en detalle en toda la amplia práctica administrativa de la CNE y otras autoridades sobre la operación de toma de control de Endesa por varias empresas desde septiembre de 2005, haciéndolo sólo para señalar que en el ejercicio 2007 ha culminado el proceso de ofertas públicas que comenzó en septiembre de 2005 con la oferta de Gas Natural, con éxito para los vencedores en dicho proceso competitivo (Acciona y Enel), quedando pendientes todavía pronunciamientos de la instancia judicial europea tanto sobre la norma de aplicación (célebre función Decimocuarta de las atribuidas a la CNE) como sobre las decisiones que la CNE y el Ministerio han adoptado en aplicación de tal norma³².

Las reglas del Derecho comunitario en este punto según la interpretación que se ha dado del principio de libre circulación de capitales y derecho de establecimiento por las instituciones comunitarias no dejan margen para ninguna actitud proteccionista por parte de ningún Estado miembro para la defensa de la nacionalidad de sus empresas. No obstante, no faltan voces críticas del excesivo formalismo de las reglas comunitarias por lo que respecta a las empresas privatizadas (jurisprudencia en materia de acción de oro), reglas formalistas que son no tan exigentes, sin embargo, por lo que respecta a su aplicación a empresas, especialmente las públicas, que no abren en ninguna medida sus capitales a la libertad de circulación de capitales por que no están «en venta» en el mercado bursátil.

Una vez señalado de manera somera el resultado del conocido proceso de OPAs, pasamos a recordar la práctica de la CNE en el ejercicio 2007 en materia de concentraciones. En ejercicio de la llamada función Decimoquinta de la Disposición Adicional Undécima Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Comisión Nacional de Energía ha tenido la oportunidad de pronunciarse de nuevo en relación con dos expedientes de concentración de importancia menor, relativos a empresas distribuidoras de electricidad, mediante la redacción de sendos informes en los que ha venido a recoger, como viene haciendo desde hace varios ejercicios, sus consideraciones sobre este tipo de operaciones.

³² Sí cabe señalar que con fecha de 6 de marzo de 2008 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha dictado sentencia por la que declara que España ha incumplido el Derecho comunitario, al no retirar las condiciones impuestas para la adquisición de Endesa por Eon, con arreglo a decisiones de la Comisión Europea en tal sentido.

E igualmente, por lo que respecta al recurso interpuesto por España contra la decisión de la CE sobre la Resolución de la CNE en relación con la oferta de Acciona y Enel sobre Endesa, cabe señalar que el Tribunal de Primera Instancia ha denegado la solicitud de medidas cautelares instadas por España para que fuera suspendida la ejecución de la mencionada Decisión de la CE, por lo que hay que entender ejecutiva tal decisión y en tal medida no exigibles, al menos de momento y salvo que finalmente se declare la ilegalidad de la decisión de la CE, las condiciones en litigio impuestas por la CNE.

Se trata del informe a petición de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la operación de concentración económica consistente en la adquisición de activos de distribución de la empresa «C. Marcial Chacón e Hijos, S.L.» (sociedad distribuidora de electricidad de las previstas en la Disposición Transitoria 11.ª de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que desarrolla la actividad de distribución, así como de suministro de energía eléctrica a tarifa), por parte de «Unión Fenosa Distribución, S.A.». Y del informe a petición de la Dirección General de Defensa de la Competencia sobre el proyecto de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo sobre la empresa distribuidora de energía eléctrica «Enrique García Serrano, S.L.» por parte de «Iberdrola, S.A.».

Por otro lado, la CNE también ha tenido ocasión de examinar dos operaciones de concentración en el sector de hidrocarburos, redactando los correspondientes informes: informe a petición de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de «Disa Península, S.L.U.» de determinados activo propiedad de «Total España, S.A.» (aprobado por el Consejo de Administración de 18 de octubre de 2007); e informe a petición de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la operación de concentración consistente en la creación de una empresa en participación de plenas funciones controlada conjuntamente por «Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.» y «BP Oil España, S.A.U.» (aprobado por el Consejo de Administración de 20 de diciembre de 2007).

La CNE procede en sus informe, como suele hacer en estos casos, a determinar y analizar los mercados relevantes afectados por la operación en el ámbito del sector energético, tanto de producto, como geográfico relevante, pasando luego a realizar una valoración de la operación, sirviéndose de la metodología empleada en sede de competencia, si bien aportando sus conocimientos sectoriales y la incidencia de la regulación en dicho análisis.

Respecto de la operación de concentración económica consistente en la adquisición de activos de distribución de la empresa «C. Marcial Chacón e Hijos, S.L.» por parte de «Unión Fenosa Distribución, S.A.», la CNE señala que el incremento del grado de concentración en la actividad de distribución, aun siendo una actividad de monopolio natural, puede provocar un efecto negativo en el desarrollo de las actividades liberalizadas, especialmente sobre la actividad de comercialización, teniendo en cuenta la ventaja competitiva que representa la titularidad de las redes eléctricas y la información sobre los clientes. En este caso, la operación notificada produce un incremento muy reducido en la cuota de distribución de la empresa adquirente en el ámbito local e insignificante en el ámbito nacional, ya que la cuota de mercado de la distribuidora adquirida no es en absoluto significativa en el mercado peninsular y, por otro lado, esta última empresa no desarrolla actividad alguna de comercialización que haya de ser atribuida a la adquirente. Por ello, se considera que la operación notificada no aumenta

los riesgos derivados de la integración de actividades de distribución sobre el desarrollo de la actividad de comercialización, en términos de incremento de barreras de entrada, información privilegiada o posibilidades de discriminación en perjuicio de los competidores del titular de la red, debido a la reducida dimensión de la empresa adquirida.

El análisis de la CNE recoge una cierta valoración de los eventuales efectos positivos de la misma, en términos de una eventual mayor calidad y eficiencia del servicio eléctrico en la zona de distribución de la empresa adquirida, considerando la aportación de *know how* de la adquirente y los menores costes de operación y mantenimiento de las instalaciones de distribución, traduciéndose en mejoras en el sistema de distribución eléctrica local y regional.

En suma, se concluye que la operación examinada no daría lugar a una modificación estructural que pueda obstaculizar el ejercicio de la competencia efectiva, ya que no se produce en absoluto un incremento relevante en el grado de concentración existente en la actividad de distribución, que pueda afectar a la competencia efectiva en el mercado de la comercialización.

Por lo que respecta al proyecto de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo sobre la empresa distribuidora de energía eléctrica «Enrique García Serrano, S.L.» por parte de «Iberdrola, S.A.», la operación notificada consiste en la adquisición de la totalidad del capital social de la distribuidora eléctrica García Serrano por parte de Iberdrola, pasando a ostentar el 100 por 100 del mercado de distribución de electricidad en los municipios de Peñalsordo y Capilla, en la provincia de Badajoz.

El informe describe las actividades desarrolladas por las partes intervinientes en la operación, y establece los mercados relevantes de producto y geográficos, concluyendo que los mercados de producto afectados por la operación de concentración son la actividad de distribución y la actividad de comercialización de energía eléctrica y respecto del mercado geográfico, tanto de la distribución como de la comercialización, la delimitación es de carácter nacional. Una vez presentada la operación de concentración y delimitados los mercados, se realiza una valoración de los efectos de la operación notificada sobre el desarrollo de la libre competencia. Desde el punto de vista económico, la operación notificada por Iberdrola produce un incremento en la cuota de distribución en el ámbito nacional muy reducido, y analizando el número de clientes y el volumen de facturación de ambas sociedades, se pone de manifiesto, igualmente, la escasa relevancia de la distribuidora García Serrano respecto de las magnitudes correspondientes al grupo Iberdrola. Con respecto a la actividad de comercialización, García Serrano no desarrolla esta actividad e Iberdrola no comercializa energía eléctrica en las localidades en que opera aquella.

Por todo ello, a juicio de esta Comisión, la operación de concentración no daría lugar a una modificación estructural que pueda obstaculizar el ejer-

cicio de la competencia efectiva, ya que no se produce en absoluto un incremento relevante en el grado de concentración existente en la actividad de distribución ni en ninguna otra actividad eléctrica.

Con relación a la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de «Disa Península, S.L.U.» de determinados activo propiedad de «Total España, S.A.», se enmarca dentro del proceso general de desinversión iniciado por la segunda de los negocios residuales que, en materia de suministro y distribución minorista y *extra-red* de combustibles y carburantes de automoción, todavía mantiene en España, con el objeto de centrarse exclusivamente en aquellas actividades que responden a sus intereses estratégicos. Como resultado de la operación, Disa Península adquiere el control de la red de estaciones de servicio en propiedad que Total España mantiene en la actualidad en el territorio nacional peninsular, así como el negocio de ventas mayoristas o directas, *extra-red*, de combustibles y carburantes de automoción de Total España en el mercado nacional peninsular.

Tras definir cinco mercados relevantes peninsulares (mercado relevante peninsular de estaciones de servicio; mercado relevante de ventas directas de gasóleos de automoción; mercado relevante de ventas directas de gasóleo A; mercado relevante de ventas directas de gasóleo B; mercado relevante de ventas directas de gasóleo C), la CNE procede a valorar los efectos de la operación concluyendo que no incide de manera negativa sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en dichos mercados.

Con relación a la operación de concentración consistente en la creación de una empresa en participación de plenas funciones controlada conjuntamente por «Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.» y «BP Oil España, S.A.U.», la CNE examina la creación de una empresa en participación de plenas funciones para actuar en el mercado de asistencia en tierra de combustibles y lubricantes de aviación en España peninsular y Baleares, analizando su incidencia en el mercado de almacenamiento de queroseno e igualmente su eventual efecto vertical en el mercado de suministro querosenos de aviación (aunque la empresa en común no tiene por objeto tales actividades), concluyendo que la existencia de un derecho de acceso de terceros garantiza en gran medida un funcionamiento del mercado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, y descartando la probabilidad de que se puedan producir efectos de coordinación de las matrices comunes en relación con el funcionamiento de los mercados de suministro y almacenamiento de querosenos de aviación.

D. RETOS PENDIENTES

Existe un conjunto de retos pendientes en el proceso de liberalización del sector eléctrico, como la próxima desaparición del sistema tarifario, y su sustitución por las tarifas de último recurso, siendo de especial importancia que en tal tránsito la tarifa deje de configurarse como un elemento

distorsionador del desarrollo de la actividad liberalizada en el mercado minorista, a cuyo efecto habrían de incorporarse a la regulación aquellos mecanismos (sean cuales fueren éstos, como el incremento tarifario en toda su dimensión, o la traslación de determinados costes del sistema a otras partidas presupuestarias) que permitan que no se produzcan adicionales «déficit de tarifa».

No menos importante ha de ser continuar realizando una función de supervisión del funcionamiento tanto a corto como a medio y largo plazo del mercado mayorista, en su caso reflexionando sobre las diferentes modalidades de organización del tal mercado tanto al contado como a plazo, inspirándose para ello de los ejemplos que pueda ofrecer el Derecho comparado, a fin de permitir a la regulación (como contexto de marco de competencia regulada en el que el sector eléctrico se desenvuelve) propiciar el entorno más adecuado para el desarrollo de la competencia, en beneficio tanto de los competidores como en último término de los consumidores, y haciéndolo sin abandonar en ningún caso los principios económicos esenciales en los que se basa el funcionamiento de un mercado liberalizado.

La efectiva implantación de las medidas de separación funcional o de gestión previstas en la nueva Ley, así como la supervisión por los reguladores de su cabal cumplimiento por las empresas, es una actividad que va a ocupar igualmente el próximo quehacer tanto de regulados como de administraciones implicadas.

Por último, es probable que la configuración empresarial del sector eléctrico siga siendo objeto de modificaciones o incluso cambios más relevantes en el futuro próximo, y si ello ocurre las Autoridades de Competencia y el regulador sectorial habrán de ejercer sus respectivas funciones sobre tales operaciones, integrando tanto consideraciones de defensa de la competencia como consideraciones respecto a su incidencia sobre las actividades reguladas y el objetivo de garantía de suministro, respetando en todo caso en el ejercicio de tales funciones la primacía que sobre el ordenamiento nacional representa el ordenamiento comunitario europeo.

