



Comisión

Nacional

de Energía

**RESOLUCIÓN DE LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA POR
LA QUE SE ESTABLECEN Y HACEN PUBLICAS, A LOS
EFECTOS DE LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 34, DEL REAL
DECRETO-LEY 6/2000, DE 23 DE JUNIO LAS RELACIONES DE
OPERADORES PRINCIPALES EN LOS SECTORES
ENERGÉTICOS**

3 de julio de 2008



Comisión
Nacional
de Energía

RESOLUCIÓN DE LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA POR LA QUE SE ESTABLECEN Y HACEN PUBLICAS, A LOS EFECTOS DE LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000, DE 23 DE JUNIO, LAS RELACIONES DE OPERADORES PRINCIPALES EN LOS SECTORES ENERGÉTICOS

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha de 23 de junio de 2000 fue aprobado por el Gobierno el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en los Mercados de Bienes y Servicios, posteriormente convalidado mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha de 29 de junio de 2000, y modificado a través de la Disposición Adicional decimotercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y a través del artículo decimotercero 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.

El artículo 34 del citado Real Decreto-Ley 6/2000 establece determinadas limitaciones para las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número dos del propio artículo, en una proporción igual o superior al 3 por ciento del total. Dichas limitaciones se concretan en la prohibición del ejercicio de

los derechos de voto correspondientes al exceso sobre dicho porcentaje en más de una sociedad que tenga la consideración de operador principal, así como en la prohibición de la designación de miembros de los órganos de administración de más de una de dichas sociedades.

En la nueva redacción dada a dicho precepto en la Ley 14/2000, se extienden las limitaciones que acaban de referirse a los supuestos de participaciones en el capital o en los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 por ciento del capital social detentada por un operador principal sobre otro operador principal e, igualmente, se prohíbe para un operador principal designar miembros del Consejo de Administración de otro operador principal en el mismo mercado o sector.

- II. Con fecha de 12 de noviembre de 2001 el Gobierno aprobó el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, estableciendo el artículo 3.1 del citado Reglamento que la Comisión Nacional de Energía establecerá y hará pública anualmente la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados o sectores referidos en el número dos del artículo 34, sin perjuicio de que dicha relación pueda ser modificada en cualquier momento durante el transcurso del año.
- III. El Real Decreto-Ley 5/2005 introduce en su artículo decimoctavo algunas modificaciones sobre la redacción del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, concretamente referidas a la definición de los mercados energéticos afectados, y a través de su artículo decimonoveno introduce una Disposición Adicional tercera al Real Decreto-Ley 6/2000 relativa a la definición del operador dominante.

En materia de mercados energéticos, de acuerdo con la nueva redacción dada por el Real Decreto-Ley 5/2005 al apartado dos del artículo 34 del Real

Decreto-Ley 6/2000, los mercados o sectores a los que se refieren las limitaciones contenidas en el citado artículo 34 son los siguientes:

- a) Generación y suministro de energía eléctrica en el ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL),
- b) Producción y distribución de carburantes,
- c) Producción y suministro de gases licuados del petróleo,
- d) Producción y suministro de gas natural.

De acuerdo con lo dispuesto en el referido artículo 34, se entenderá por operador principal cualquiera que, teniendo la condición de operador de los mercados o sectores a que se refiere el precepto, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector correspondiente, pudiendo no obstante el Gobierno, mediante Real Decreto, modificar la relación de mercados o sectores.

Asimismo, el Real Decreto-Ley 5/2005 introduce como novedad que la Comisión Nacional de Energía hará público por medios telemáticos los listados de operadores principales y dominantes.

IV. Con fecha de 25 de abril de 2007, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía acordó aprobar las relaciones de operadores principales y dominantes en los mercados energéticos correspondientes al ejercicio de 2006, con base en los datos relativos al ejercicio de 2005.

V. Con posterioridad, la Ley 17/2007, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a lo dispuesto en 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, recoge en su Disposición adicional cuarta una nueva 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, concretamente, en relación con aspectos que afectan al artículo 34, modificando los mercados o sectores afectados por el citado artículo 34,

eliminándose la alusión expresa al Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL), refiriéndose únicamente a las actividades de “*generación y suministro de energía eléctrica*” y, con respecto a la definición de la figura del operador dominante, incorpora una condición previa a la publicación del listado de operadores dominantes, requiriendo acuerdo previo del Consejo de Reguladores del MIBEL.

VI. El Consejo de Administración de la CNE, en su sesión celebrada el 30 de octubre de 2007, acuerda, con base a los artículos 68 y 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, iniciar un procedimiento administrativo para la elaboración de las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos, con base a los datos relativos al ejercicio de 2006.

VII. En el marco de dicho procedimiento administrativo, con fecha 13 de noviembre de 2007 la Comisión Nacional de Energía remite los correspondientes requerimientos de información a distintos agentes que operan en los mercados eléctricos y de hidrocarburos líquidos y gaseosos, con la finalidad de recabar la información necesaria para la elaboración de la relación de operadores principales y dominantes, otorgando un plazo de 10 días hábiles para la remisión de los datos, recibándose sucesivamente en esta CNE la información solicitada de los correspondientes operadores.

VIII. En el marco del citado procedimiento, se ha procedido a solicitar información adicional puntual derivada del análisis de los datos enviados a la Comisión Nacional de Energía en cumplimiento de los requerimientos de información.

IX. Con fecha 27 de marzo de 2008 el Consejo de Administración de la CNE dicta Resolución en relación con la confidencialidad del presente expediente, notificando la misma a los interesados. En la misma sesión el Consejo de Administración acuerda, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, poner de manifiesto a las partes

interesadas el expediente administrativo tramitado, por un período de diez días hábiles a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación.

X. Con fecha 23 de abril de 2008 tiene entrada en la CNE un escrito de HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO, S.A. formulando alegaciones respecto al expediente administrativo incoado por la CNE para la determinación de los operadores principales y dominantes.

XI. El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión celebrada el día 3 de julio de 2008, acuerda aprobar la presente Resolución en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA PARA ADOPTAR LA PRESENTE RESOLUCIÓN

La presente Resolución se adopta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Reglamento de Procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 reglamento aprobado mediante Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, de conformidad con el cual *“La Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones establecerán y harán pública, anualmente, la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados o sectores referidos en el artículo 34.dos del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio. Dicha relación podrá ser modificada, en cualquier momento, durante el transcurso del año”*

Por otro lado, además de la habilitación competencial señalada, con carácter general, en el número siete del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 se establece que *“La Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones están legitimadas, dentro de sus respectivas competencias, para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivas las limitaciones que se recogen en este artículo”*.

Asimismo, el Real Decreto-Ley 5/2005 establece que la Comisión Nacional de Energía hará público por medios telemáticos los listados de operadores principales y dominantes.

Por último, la Comisión Nacional de Energía tiene atribuidas, como organismo regulador de los sectores energéticos, amplias funciones en la Disposición Adicional undécima. tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

Dentro de la Comisión Nacional de Energía, corresponde a su Consejo de Administración aprobar esta Resolución, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

II. SOBRE LAS LIMITACIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 establece determinadas limitaciones para las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen, en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número dos del propio artículo.

Estas limitaciones afectan tanto al ejercicio de derechos de voto como a la designación de Consejeros, señalando el tenor del citado artículo, en relación con la limitación referente al ejercicio de derechos de voto, lo siguiente:

“Uno. Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que

se señalan en el número siguiente en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, no podrán ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad”.

Esta limitación fue extendida, a través de la Ley 14/2000, a los supuestos de participaciones accionariales poseídas por un operador principal en el capital social de otro operador principal, en los siguientes términos:

“Ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente podrá ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 por 100 del total en el capital o en otros valores que confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en un mismo mercado o sector”.

Por lo que se refiere a la limitación relativa a la designación de Consejeros, señala el tenor del artículo 34 que *“ninguna persona física o jurídica podrá designar, directa o indirectamente, miembros de los órganos de administración de más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector de entre los señalados...”* extendiéndose posteriormente, de igual manera, a los supuestos de designación por un operador principal de los Consejeros de otro operador principal, en los siguientes términos: *“Igualmente, ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los señalados en el número siguiente podrá designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado o sector.”*

Por último, en el número tres del artículo 34 se establece que se consideran poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las participaciones adquiridas o poseídas por las entidades pertenecientes a su mismo grupo de acuerdo con la definición del mismo que establece el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 18 de julio, del Mercado de Valores, así como las adquiridas o poseídas por otras personas que actúen en nombre propio pero

por cuenta de aquella, de forma concertada o formando una unidad de decisión, señalándose los supuestos en que se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de actuación concertada.

El tenor literal del apartado 3 del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 es el siguiente:

“Tres. A los efectos previstos en este artículo, se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las acciones, participaciones u otros valores poseídos y adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como los poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión.

Se entenderá, salvo prueba en contrario, que actúan por cuenta de una persona jurídica o de forma concertada con ella los miembros de su órgano de administración. Igualmente se presumirá que existe actuación concertada en los siguientes supuestos:

a) Entre las personas jurídicas entre las que medie cualquier pacto o acuerdo de participación recíproca en el capital o en los derechos de voto;

b) Entre las personas físicas o jurídicas entre las que se haya celebrado cualquier género de acuerdo o pacto con el fin de adoptar o bloquear actuaciones que puedan influir significativamente en la estrategia competitiva de una sociedad en la que participen directa o indirectamente;

c) Entre accionistas o titulares de derechos de voto de una entidad que puedan controlar una sociedad mediante el ejercicio común de sus derechos de voto, por existir entre ambos intereses comunes que favorezcan una acción conjunta para evitar el perjuicio mutuo o para la consecución de un beneficio común al ejercer sus derechos sobre la sociedad participada;

d) *Entre sociedades matrices o dominadas de grupos de empresas competidoras entre los que existan intereses cruzados;*

e) *Entre accionistas o titulares de derechos de voto en los que haya concurrido alguna de las anteriores circunstancias en el pasado de manera que pueda entenderse subsistente algún interés común.*

En todo caso se tendrá en cuenta tanto la titularidad dominical de las acciones y demás valores como los derechos de voto que se disfruten en virtud de cualquier título”

III. SOBRE LA DELIMITACIÓN DE LOS MERCADOS ENERGÉTICOS AFECTADOS POR EL ARTÍCULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000 Y SOBRE EL CONCEPTO DE OPERADORES PRINCIPALES

III.1. Sobre la delimitación de los mercados energéticos

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 tras las modificaciones incorporadas mediante el Real Decreto Ley 5/2005 y la Ley 17/2007, de 4 de julio, respecto a los mercados o sectores afectados por la norma, queda redactado como sigue:

“Dos. Los mercados o sectores a los que se refiere el número anterior son los siguientes:

- a) Generación y suministro de energía eléctrica.*
- a) Producción y distribución de carburantes.*
- b) Producción y suministro de gases licuados del petróleo.*
- c) Producción y suministro de gas natural.*
- d) Telefonía portátil.*
- e) Telefonía fija.”*

Se entenderá por operador principal cualquiera que, teniendo la condición de operador de dichos mercados o sectores, tenga una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión.

El Gobierno podrá, mediante Real Decreto, modificar la relación de mercados o sectores contenida en este apartado.

La Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones harán público por medios telemáticos el listado de operadores principales a los que se refiere este artículo.”

En cuanto a la composición de los mercados o sectores afectados, el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 se refiere de manera conjunta, en el apartado a) del párrafo primero de su número dos, a las actividades de generación y suministro de energía eléctrica, en el apartado b) de manera conjunta a las actividades de producción y distribución de carburantes, en el apartado c) a las actividades de producción y suministro de gases licuados del petróleo y, en el apartado d) a las actividades de producción y suministro de gas natural, sin distinguir entre ellas en apartados distintos como sí hace el referido precepto, sin embargo, entre las actividades de telefonía fija y portátil, desarrolladas ambas en el sector de telecomunicaciones. Es decir, cuando el legislador ha pretendido distinguir entre diferentes actividades de un mismo sector, a efectos de la determinación de los operadores principales, los ha incluido en apartados distintos.

Atendiendo a esta delimitación de los mercados, la CNE ha determinado los operadores principales de manera global, respectivamente, en el marco de cada uno de los sectores de la energía (electricidad, carburantes, gases licuados del petróleo y gas natural) y no de manera separada e individualizada para cada una de las actividades (generación, producción, distribución y suministro) que se desarrollan en los citados sectores.

En consecuencia, la determinación de los operadores principales de cada sector se ha realizado definiendo, inicialmente, los grupos empresariales que

ostentan la condición de operadores principales de cada sector, mediante la consideración de los datos globales de mercado correspondientes a las sociedades de tales grupos que desarrollan las diferentes actividades del sector correspondiente.

En cuanto al ámbito geográfico de los mercados de referencia para la determinación de los operadores principales, en el apartado a), correspondiente a la generación y suministro de energía eléctrica, las recientes modificaciones legislativas han suprimido la alusión explícita al ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL), manteniéndose en el caso de la definición de operador dominante.

En este sentido, la CNE considera que el legislador se refiere expresamente al ámbito del MIBEL en relación con la determinación del operador dominante en el sector eléctrico y no así, por el contrario, en cuanto respecta a la figura del operador principal, no pudiendo, en caso alguno, considerar como justificación de tal diferenciación el mero olvido o error del legislador, en la medida en que éste ha vinculado la figura del operador dominante al ámbito geográfico del MIBEL, estableciendo la intervención del Consejo de Reguladores del MIBEL.

Así, en la medida en que la Ley 17/2007 no prevé la intervención del Consejo de Reguladores del MIBEL en la aprobación de la relación de operadores principales, resulta manifiesto la pretensión de identificar los mercados o sectores de generación y suministro de energía eléctrica a los efectos de la determinación de los operadores principales al ámbito geográfico nacional. En caso contrario, la citada Ley 17/2007 podría, en su caso, haber previsto disposición alguna al respecto.

Esta delimitación geográfica supone una modificación con respecto al criterio seguido para la determinación de la relación de operadores principales en el sector eléctrico en el ejercicio precedente, aprobada por el Consejo de Administración de la CNE, en su sesión celebrada el 25 de abril de 2007, elaborada según la legislación en vigor a dicha fecha, en virtud del ámbito geográfico ibérico.

Como conclusión, en virtud de la nueva redacción del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, el ámbito geográfico para la determinación de la relación de operadores principales en el sector eléctrico es el mercado geográfico nacional.

III.2. Sobre el concepto de operador principal: grupos de sociedades y sociedades filiales

La aplicación del criterio referido en el apartado anterior tiene como resultado la elaboración de relaciones de operadores principales compuestas por los grupos de sociedades de mayor relevancia económica en cada sector, en cuanto representan y aglutinan el poder económico de una pluralidad de sociedades dedicadas a las diferentes actividades energéticas.

Sin embargo, esta Comisión entiende que ello no comporta que las participaciones accionariales (o la designación de Consejeros) que deban quedar sometidas al régimen previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 sean exclusivamente las detentadas en el capital social de las sociedades matrices de dichos grupos.

Por el contrario, en la práctica pueden presentarse supuestos de participaciones accionariales directas sobre el capital social de sociedades filiales de los referidos grupos que pueden tener tal relevancia económica que por tal razón no deberían quedar sustraídas al régimen previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, por todo lo cual procede determinar los criterios pertinentes para diferenciar aquellas sociedades filiales que tienen igualmente la condición de principales. Se evitarán de esta manera actuaciones en fraude de ley destinadas a soslayar la aplicación de las limitaciones contenidas en el precepto, incumpliendo su espíritu y finalidad, a través de la titularidad de participaciones directas sobre sociedades que, aunque no sean las matrices del grupo, son indiscutibles operadores principales por la entidad económica de sus negocios en el desarrollo de una o varias actividades de un determinado sector energético.

Este criterio se justifica igualmente en la propia configuración de los sectores energéticos, caracterizados por el desarrollo en su seno de actividades diferenciadas a través de sociedades diferentes debido en algunos casos a la exigencia de separación jurídica, por lo que, aunque se considere globalmente la importancia de los grupos de sociedades que tienen la condición de operadores principales, no puede ignorarse la existencia de sociedades filiales de las matrices de aquellos grupos que ostentan una posición preeminente en el desarrollo de algunas o varias actividades específicas.

El criterio adoptado es acorde además con lo dispuesto en el párrafo quinto del número uno del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, según el cual:

“Las prohibiciones establecidas en este número no serán de aplicación cuando se trate de sociedades matrices que tengan la condición de operador principal respecto de sus sociedades dominadas en las que concurra la misma consideración, siempre que dicha estructura venga impuesta por el ordenamiento jurídico o sea consecuencia de una mera redistribución de valores o activos entre sociedades de un mismo grupo”.

Si bien el objeto de esta previsión normativa es excluir de la aplicabilidad de las limitaciones del precepto a las relaciones accionariales entre sociedades del mismo grupo, de la misma se desprende igualmente que el legislador contempla la posibilidad de que, junto a las sociedades matrices, existan sociedades filiales del mismo grupo que tengan la consideración de principales, excluyéndose en consecuencia la posibilidad de considerar como tales a todas las filiales de un grupo operador principal.

En virtud de lo expuesto, se hace necesario diferenciar, dentro de los grupos de sociedades que por su cuota de grupo se encuentren entre los cinco primeros del sector y por tal motivo tengan la condición de principales, aquellas sociedades filiales integrantes de dichos grupos que deberían tener igualmente dicha condición de principal (a efectos de las participaciones accionariales

directas sobre las mismas), frente a las de menor entidad que no deban considerarse como tales.

El método empleado consiste en considerar como tales a aquellas sociedades filiales cuya cuota de mercado individual sea igual o superior a la cuota de mercado del grupo de sociedades que ostenta el quinto lugar en la lista de grupos.

Las sociedades filiales resultantes se incluyen en la citada lista asignándoles el mismo número de orden del grupo al que pertenecen, dado que no tendría sentido asignarles uno distinto si a las relaciones accionariales entre sociedades de un mismo grupo no se aplican las limitaciones del precepto. De lo contrario, el espíritu de la norma se vería nuevamente frustrado, pues la lista final diseñada con arreglo a este método quedaría muy reducida, al estar compuesta solamente por cinco sociedades, que podrían eventualmente pertenecer solamente al primero o segundo grupo de sociedades, dejando así fuera de la relación de operadores principales a grupos de sociedades de indiscutible importancia en el mercado.

Con base en este criterio han sido aprobadas las relaciones de grupos y sus correspondientes filiales, de carácter principal, en los sectores de electricidad e hidrocarburos líquidos y gaseosos, tanto en los ejercicios precedentes como en el ejercicio presente.

Cabe señalar que, en la composición de los conglomerados energéticos, en algún caso se ha incluido no sólo a las sociedades matrices sino igualmente a otras sociedades que ostentan participaciones accionariales sobre aquellas matrices, en la medida que dichas participaciones accionariales les confieran el control exclusivo o conjunto de dichos grupos de sociedades, con arreglo a criterios de defensa de la competencia. La justificación de tal metodología se encuentra en la necesidad de adoptar criterios no solo formales sino igualmente de orden material, atendiendo a consideraciones de defensa de la competencia, en cuya virtud se tenga en cuenta no sólo la presentación formal de los grupos de sociedades con arreglo a criterios de derecho mercantil, sino

igualmente la capacidad que dichas sociedades tienen de ejercer el control exclusivo o conjunto sobre las sociedades que operan en los sectores energéticos. La inclusión de tales sociedades junto con sus participadas dentro del mismo operador principal se justifica en que todas esas sociedades constituyen una misma entidad económica a efectos de la defensa de competencia, atendiendo al elevado grado de control (exclusivo o conjunto) que ejercen sobre ellas, no teniendo sentido su consideración como entidades independientes.

IV. SOBRE LOS PARAMETROS Y FUENTES DE INFORMACIÓN EMPLEADOS POR LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS OPERADORES PRINCIPALES

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 define el concepto de operador principal como *“cualquiera que, teniendo la condición de operador de dichos mercados o sectores, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión”*, pero no define ningún parámetro ni criterio expreso para la determinación de esa cuota de mercado.

En el ejercicio de las funciones atribuidas por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, para la determinación de los operadores principales, la Comisión Nacional de Energía ha venido empleando la cifra de negocios para la determinación de la cuota de mercado en los sectores de electricidad e hidrocarburos gaseosos y las unidades vendidas para el sector de hidrocarburos líquidos. La adopción de estos criterios se ha realizado atendiendo a las características específicas de cada sector, así como a la naturaleza, homogeneidad y precisión de las fuentes de información disponibles.

En su Resolución adoptada en el ejercicio 2006, la CNE modificó dicho criterio para los sectores de electricidad y gas natural, sustituyendo el empleo de unidades monetarias por el de unidades físicas, atendiendo a diversas

consideraciones que justifican dicha elección, tales como su mejor adecuación para los cálculos necesarios para la determinación de la nueva figura de los operadores dominantes, la obtención de una mayor homogeneidad en su utilización en todos los sectores energéticos y, por último, su empleo igualmente como criterio junto a otros en el cálculo de las cuotas de mercado por las autoridades de competencia.

Para el cálculo de la cuota de mercado, la Comisión Nacional de Energía ha tomado en consideración la información recabada de las empresas, así como la información disponible en la CNE sobre los sectores energéticos.

Según consta en el Convenio que modifica el Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la constitución de un mercado ibérico de energía eléctrica, firmado por ambos países con fecha 18 de enero de 2008, *“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 diez por ciento (10%), 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.”*

Así, textualmente se excluye del cálculo para la determinación de la figura del operador dominante ibérico la producción en régimen especial. Tomando en consideración que la legislación española en materia de operadores principales y dominantes no refiere de forma expresa la necesidad o no de inclusión de la producción en régimen especial, a los efectos del cálculo de las relaciones de dichos operadores, esta Comisión considera razonable la exclusión de este concepto en la determinación de los operadores dominantes en el sector eléctrico, a la vista de lo recogido en el mencionado Convenio, y de extender este criterio a los principales igualmente, con la finalidad de homogeneizar ambos conceptos, principales y dominantes.

V. SOBRE LAS RELACIONES DE OPERADORES PRINCIPALES EN LOS SECTORES ELECTRICO, GAS, CARBURANTES Y GASES LICUADOS DEL PETROLEO

Las relaciones de operadores principales han sido elaboradas atendiendo tanto a los datos requeridos y remitidos por las empresas como a los datos que obran en esta Comisión, si bien los mismos han sido objeto en su caso de aquellos ajustes necesarios atendiendo tanto a las modificaciones producidas en las estructuras societarias como a otras operaciones con incidencia en el procedimiento de valoración del poder económico de las empresas, que se hayan producido con posterioridad al ejercicio al que dichos datos hacen referencia.

Atendiendo a los criterios anteriores, las relaciones de operadores principales resultantes son las que se exponen en los apartados siguientes para cada uno de los cuatro sectores energéticos.

Las relaciones refieren, en primer lugar, los grupos de sociedades que tienen el carácter de operadores principales atendiendo a su cuota de grupo. Dado que el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, afecta a personas jurídicas concretas (participaciones accionariales detentadas sobre su capital social o nombramiento de sus Consejeros), se señalan igualmente las concretas sociedades de dichos grupos que han de entenderse afectadas por el ámbito de aplicación del referido precepto, especificándose tanto la sociedad matriz representativa de la totalidad del grupo como las sociedades filiales que hayan de considerarse igualmente operadores principales por su cuota de mercado individual.

V.1. Relación de operadores principales en el sector eléctrico

La relación de operadores principales en el sector eléctrico es la siguiente:

	OPERADOR PRINCIPAL
1	ACCIONA/ENDESA/ENEL (*)
1	ENDESA, S.A.
1	ENDESA RED, S.A.
1	ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.L.
1	ENDESA GENERACIÓN, S.A.U.
1	ENDESA ENERGIA, S.A.U.
2	GRUPO IBERDROLA
2	IBERDROLA, S.A.
2	IBERDROLA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.A.U.
2	IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.
3	ACS/UNION FENOSA (***)
3	UNION FENOSA, S.A.
3	UNION FENOSA DISTRIBUCION, S .A.
3	UNION FENOSA GENERACIÓN, S.A.
4	REPSOL YPF/GAS NATURAL
4	GAS NATURAL SDG, S.A. (**)
5	GRUPO HIDROCANTABRICO/EDP
5	HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO, S.A.

(*) ENDESA es una sociedad participada conjuntamente por ACCIONA y ENEL, respecto de la que existe control conjunto por parte de ACCIONA y ENEL, según lo acordado por estas sociedades.

(**) GAS NATURAL SDG es una empresa participada conjuntamente por REPSOL-YPF y LA CAIXA, respecto de la que existe un control conjunto por parte de REPSOL-YPF y LA CAIXA, según lo acordado por estas sociedades, aún cuando GAS NATURAL no constituya un grupo consolidado globalmente, ni con REPSOL-YPF ni con LA CAIXA.

(***) Se ha incluido a ACS junto al grupo UNION FENOSA dado que aquella sociedad dispone de control exclusivo sobre este grupo, según declaró en su día el extinguido Servicio de Defensa de la Competencia.

V.2. Relación de operadores principales en el sector de gas natural

La relación de operadores principales en el sector de gas natural es la siguiente:

	OPERADOR PRINCIPAL
1	REPSOL YPF-GAS NATURAL
1	GAS NATURAL SDG, S.A. (*)
1	GAS NATURAL DISTRIBUCION SDG, S.A.
1	GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.
2	GRUPO IBERDROLA
2	IBERDROLA, S.A.
3	ACS/UNION FENOSA (***)
3	UNION FENOSA, S.A.
3	UNION FENOSA GAS, S.A.
3	UNION FENOSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A.
4	ACCIONA/ENDESA/ENEL (**)
4	ENDESA, S.A.
4	ENDESA ENERGIA, S.A.
5	GRUPO HIDROCANTABRICO/EDP
5	HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO, S.A.
5	NATURGAS ENERGIA GRUPO, S.A.

(*)GAS NATURAL SDG es una empresa participada conjuntamente por REPSOL-YPF y LA CAIXA, respecto de la que existe un control conjunto por parte de REPSOL-YPF y LA CAIXA, según lo acordado por estas sociedades, aún cuando GAS NATURAL no constituya un grupo consolidado globalmente, ni con REPSOL-YPF ni con LA CAIXA.

(**) ENDESA es una sociedad participada conjuntamente por ACCIONA y ENEL, respecto de la que existe control conjunto por parte de ACCIONA y ENEL, según lo acordado por estas sociedades.

(***) Se ha incluido a ACS junto al grupo UNION FENOSA dado que aquella sociedad dispone de control exclusivo sobre este grupo, según declaró en su día el extinguido Servicio de Defensa de la Competencia.

V.3. Relación de operadores principales en el sector de carburantes

La relación de operadores principales en el sector de carburantes es la siguiente:

	OPERADOR PRINCIPAL
1	GRUPO REPSOL YPF
1	REPSOL YPF, S.A.
1	REPSOL PETROLEO, S.A.
1	PETRONOR, S.A.
1	REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS, S.A.
2	GRUPO CEPSA
2	COMPAÑÍA ESPAÑOLA DE PETROLEOS, S.A.
2	CEPSA MARINE FUELS, S.A.
2	CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A.
3	GRUPO BP ESPAÑA
3	BP ESPAÑA, S.A.U.
3	BP OIL ESPAÑA, S.A.U.
3	BP OIL REFINERÍA DE CASTELLON, S.A.
4	GRUPO GALP ENERGIA ESPAÑA
4	GALP ENERGIA ESPAÑA, S.A.U.
5	SARAS ENERGIA, S.A.

V.4. Relación de operadores principales en el sector de gases licuados del petróleo

La relación de operadores principales en el sector de gases licuados es la siguiente:

	OPERADOR PRINCIPAL
1	GRUPO REPSOL YPF
1	REPSOL YPF, S.A.
1	REPSOL BUTANO, S.A.
1	PETRONOR, S.A.
1	REPSOL PETROLEO, S.A.
2	GRUPO CEPSA
2	COMPañIA ESPAñOLA DE PETROLEOS, S.A.
2	CEPSA GAS LICUADO, S.A.
3	GRUPO BP ESPAÑA
3	BP ESPAÑA, S.A.U.
3	BP OIL REFINERIA DE CASTELLON, S.A.
4	GRUPO DISA
4	DISA CORPORACION PETROLIFERA, S.A.
4	DISA GAS S.A.U.
5	GRUPO GALP ENERGIA ESPAÑA
5	GALP ENERGIA ESPAÑA, S.A.U.

VI. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA APROBACIÓN Y PUBLICIDAD DE LAS RELACIONES DE OPERADORES PRINCIPALES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, las personas físicas o jurídicas que incurran en supuestos previstos en el ámbito de aplicación de tal artículo habrán de asumir las limitaciones establecidas en el mismo y relativas al ejercicio de los derechos de voto y a la presencia en el Consejo de Administración de operadores principales en los mercados afectados, expuestas en el apartado segundo de esta Resolución.

Según se establece en el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 6/2000 y en el artículo 3.2 del Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, en el plazo de un mes desde la publicación de la relación de operadores principales, las personas físicas o jurídicas que incurran en las prohibiciones establecidas en el apartado uno del artículo 34, deberán comunicar a la Comisión Nacional de Energía la sociedad respecto de la cual se pretenda ejercer los derechos de voto o designar miembros del órgano del Consejo de Administración sin restricción alguna. En ningún caso podrá optarse por ejercer los derechos de voto en una de las sociedades que tenga la consideración de operador principal en un mismo mercado o sector y designar miembros en el órgano de administración de otra u otras que tengan tal condición en el mismo mercado o sector.

No obstante, conviene hacer constar igualmente que el apartado 5 del citado artículo 34 establece que *“ la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán autorizar, cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos.”*

Por último, en el apartado 6 del artículo 34 se establece que *“el incumplimiento de las restricciones impuestas en el número primero respecto del ejercicio de los derechos de voto o la designación de miembros de órganos de administración, siempre que no esté amparada en la excepción prevista en el número anterior, se considerará infracción muy grave y se sancionará con multa de hasta cincuenta millones de pesetas, todo ello sin perjuicio de la suspensión automática a la que se refiere el número cuatro.”*

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía en su sesión celebrada el día 3 de julio de 2008:

ACUERDA

Primero.- Establecer y hacer públicas las relaciones de operadores principales en los mercados energéticos de electricidad, carburantes, gas natural y gases licuados del petróleo, que se refieren en el apartado V de la presente Resolución, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto- Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, y en el artículo 3.1 del Reglamento del procedimiento de autorización previsto en dicho artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, aprobado mediante el Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre.

Contra la presente Resolución, podrá interponerse recurso de alzada ante el Ministro de Industria, Turismo y Comercio, según lo establecido en la Disposición Adicional undécima tercero. 5 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación de la presente resolución.