



Comisión
Nacional
de Energía



VOTO PARTICULAR QUE PRESENTA EL CONSEJERO D. JAVIER PEON A LA RESOLUCIÓN DE ESTA CNE SOBRE EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN 15ª EN RELACIÓN CON LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN DE GAS NATURAL Y ENDESA.

A la vista de los efectos intensamente competitivos de la operación de concentración analizada, el Consejero que suscribe considera que debió recomendarse al Gobierno la declaración de improcedencia de la operación y que ordene que no se proceda a la misma, con arreglo a lo previsto en el art. 17 1 c) de la Ley 16/89, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Subsidiariamente a lo anterior, y dado que el Voto Mayoritario ha considerado procedente la operación, al menos esta CNE debió ampliar el número y alcance de las condiciones propuestas, a fin de tratar de mitigar el mayor número posible de efectos anticompetitivos detectados. A juicio del Consejero que suscribe, las condiciones aprobadas por el Voto Mayoritario son insuficientes y no van a constituir remedio eficaz para restituir el nivel de competencia existente con carácter previo a la operación.

Las conclusiones anteriores tienen su fundamento en los análisis y argumentaciones que se recogen en las siguientes

CONSIDERACIONES

CAPITULO PRELIMINAR.- BREVE OPINION SOBRE LAS PROPUESTAS DE RESOLUCION QUE HAN SIDO OBJETO DE DEBATE Y SU CONTENIDO GENERAL.



Comisión

Nacional

de Energía

Aunque formalmente sólo es posible el debate respecto a una única Propuesta de Resolución, -además, lógicamente, del que se produce sobre las propias propuestas y posiciones de cada uno de los Consejeros de esta CNE en relación con la misma-, el Consejero que suscribe considera conveniente realizar una breve reflexión sobre la Propuesta de Resolución de fecha 5 de diciembre de 2005, que fue posteriormente modificada mediante Adenda de fecha 15 de diciembre de 2005. Dichas modificaciones se producen tras el trámite de informe de Asesoría Jurídica y atendiendo a las opiniones contenidas en el Informe de dicha Asesoría de fecha 12 de diciembre de 2005, opiniones que este Consejero no comparte en su totalidad, como tendremos ocasión de argumentar en el momento oportuno. Precisamente por no compartir las tesis jurídicas que han dado lugar a la modificación de la Propuesta de fecha 5 de diciembre de 2005, muchas de las enmiendas presentadas por este Consejero pretendían "recuperar", para su incorporación a la Resolución final, el redactado original de la Propuesta de Resolución de fecha 5 de diciembre de 2005, ya que se considera más acertada que la sugerida en la Adenda referida.

Por ello, a la hora de desarrollar la argumentación del Consejero que suscribe el presente Voto Particular, las referencias al texto original de la Propuesta de Resolución de fecha 5 de diciembre de 2005 serán reiteradas. Dicha referencia lo será sólo a título argumentativo de las propias posiciones de este Consejero, ya que no se pretende ni puede admitirse que la opinión de los Servicios Técnicos de esta CNE, -siempre necesaria, valiosa y cualificada-, pueda llegar a ser, por si misma, de superior o ni siquiera de igual condición a la expresada por el Consejo con arreglo al procedimiento legalmente establecido. En éste y en otros muchos expedientes se producen diferencias de apreciación y de criterio entre los informes de los Servicios y las opiniones de los Consejeros, ya lo sean a título individual o de forma colegiada.



Por lo tanto, lo relevante no es si se siguen y aceptan por el Consejo todos los criterios y opiniones de dichos Servicios en cada asunto objeto de debate, sino el acierto o no de los argumentos en que se apoyan las tesis defendidas por unos y otros.

En este sentido, y a fin de hacer más sencilla nuestra exposición, señalamos también que nos referiremos a la Propuesta de Resolución de los Servicios Técnicos de fecha 5 de diciembre de 2005, como "Propuesta Original". Para referirnos a la Propuesta de Resolución en su redacción dada tras la Adenda de fecha 15 de diciembre de 2005, utilizaremos la expresión "Propuesta Modificada".



Para empezar hay que señalar que en esta ocasión el Consejero que suscribe participaba del análisis y de la opinión contenida en los Capítulos 1 a 8 de la Propuesta Original prácticamente en su totalidad, con ligerísimos matices. Y es igualmente reseñable que dichos Capítulos sólo sufrieron modificación en la Propuesta Modificada, en lo relativo al aprovisionamiento de gas (apartado "7.2.1.2.1. Aprovisionamiento de gas natural" y apartado 8.1.1.3. Actividad de aprovisionamiento de gas"), como luego comentaremos. Precisamente por esas modificaciones el Consejero que suscribe votó finalmente en contra de dichos Capítulos 7 y 8 tras la incorporación de enmiendas, ya que las modificaciones introducidas alteran gran parte de lo explicado en la Propuesta Original en lo relativo a dichos aprovisionamientos de gas. Pero en cualquier caso, los Capítulos 7 y 8 de la Resolución finalmente apoyada por el Voto Mayoritario siguen conservando diagnósticos y opiniones que serán muy útiles para sustentar los argumentos que fundamentan la opinión expresada en este Voto Particular.



Es decir, el diagnóstico de los Servicios Técnicos sobre la situación creada y su problemática desde la perspectiva de la competencia es realmente digno de elogio.

Sin embargo, las discrepancias mayores por nuestra parte surgen cuando se aborda el Capítulo de Conclusiones. Opina el Consejero que suscribe que ni la Propuesta Original ni la Propuesta Modificada brillan a la misma altura a la hora de justificar por qué recomiendan la aprobación de la operación con condiciones y modificaciones normativas. Tampoco comparte las razones que pretenden justificar los cambios introducidos respecto a la Propuesta Original, en línea con lo expresado con el Ponente Consejero Sr. Sierra en su comunicación de fecha 15 de Diciembre de 2.005 y en las enmiendas presentadas por dicho Consejero en relación con ella.

Entiende el Consejero que suscribe el presente Voto Particular que la consecuencia lógica del diagnóstico que se extiende a lo largo de los Capítulos 1 a 8, inclusive, de la Resolución de la que discrepamos, permite extraer cinco principales conclusiones:

Primera Conclusión.- El principal efecto anticompetitivo de la operación es que introduce un efecto anticompetitivo transversal novedoso en los mercados de la energía en España: el efecto de conglomerado. Esta posición es inigualable por ningún otro Agente..

Segunda Conclusión- La desaparición del “díscolo” o “maverik firm” con mayor potencial de crecimiento en el sector del gas (ENDESA) es irremplazable.

Tercera Conclusión.- La desaparición del único “díscolo” o “maverik firm” en el sector eléctrico (GAS NATURAL) es insustituible..



Comisión
Nacional
de Energía

Cuarta Conclusión- No es posible remediar solamente mediante la imposición de condiciones los efectos restrictivos de la competencia que se generan con la operación de concentración analizada.

Quinta Conclusión.- Además de lo anterior, la operación produce efectos anticompetitivos de carácter horizontal y de integración vertical homogénea de gran intensidad en todos los mercados relevantes de gas y electricidad, que agravan notablemente los problemas existentes en la actualidad.

Pues bien, como trataremos de demostrar a través del presente Voto Particular, **las condiciones que se proponen en la Resolución aprobada por el Voto Mayoritario sólo tratan de paliar los efectos anticompetitivos que se refieren a la Quinta Conclusión.** Es decir, se refieren a los efectos de concentración horizontal en los distintos mercados relevantes y a los efectos de la integración vertical entre las actividades de distribución y comercialización.¹ Además las condiciones que se proponen no van a ser eficaces ni siquiera para paliar esos efectos, como comentaremos en el Capítulo IV de este Voto.

Respecto a las conclusiones que se han citado como Primera, Segunda, Tercera y Cuarta, se ha intentado en la Propuesta Original, -y después con más claridad en la Propuesta Modificada-, poner de relieve que para paliar los efectos anticompetitivos de la operación eran necesarias unas concretas y determinadas reformas regulatorias junto con las condiciones propuestas.

¹ Además las condiciones que se proponen no van a ser eficaces ni siquiera para paliar esos efectos, como comentaremos en el Capítulo Final de este Voto.



Comisión

Nacional

de Energía

En los apartados que integran el **Capítulo I** detallaremos la explicación de los **efectos relativos a nuestras Conclusiones Primera, Segunda, Tercera y Cuarta.**

En el **Capítulo II** analizamos en detalle otro efecto especialmente pernicioso que guarda relación con el **solapamiento de redes de distribución de gas y electricidad** en la mayor parte del territorio nacional, como consecuencia del diseño de la operación y de las desinversiones propuestas, y su influencia en los mercados minoristas de gas y electricidad..

En el **Capítulo III** se detallan los requisitos legales y jurisprudenciales que delimitan el **contenido válido de las condiciones que pueden imponerse**, y como existe un **control de legalidad** que permite valorar de forma objetiva si se vulnera el mandato previsto en la propia Ley de Defensa de la Competencia. En nuestra opinión **no es posible aprobar una operación de concentración que exija cambios regulatorios sectoriales para mitigar los problemas de competencia que crea o agrava**. Por tanto, la constatación de la necesidad de dichos cambios normativos para poder paliar los efectos anticompetitivos de la operación, demandaba de esta CNE una conclusión que recomendara al Gobierno la **declaración de la improcedencia de la operación**.

Además de lo anterior, en el **Capítulo IV** analizaremos **la escasa eficacia, que a juicio de este Consejero, cabe esperar de las condiciones propuestas por el Voto Mayoritario**, lo que a su vez permitirá reforzar la conclusión denegatoria de la operación.

En el **Capítulo V** realizaremos un análisis de las potenciales sinergias y beneficios, para concluir que no se evidencia la existencia de las sinergias alegadas.



Comisión
Nacional
de Energía

Finalmente, en el último **Capítulo VI** realizaremos un breve resumen de conclusiones.

CAPITULO I.- EL EFECTO DE CONGLOMERADO PRODUCIDO CON LA OPERACIÓN.

1.1.- Efecto conglomerado e integración vertical.

Antes de comenzar la exposición creemos útil realizar unas mínimas aclaraciones terminológicas.

A lo largo de la Resolución se emplean indistintamente las expresiones “integración vertical” tanto para referirse al efecto conglomerado (que nosotros llamaremos “integración vertical heterogénea” de los sectores de gas y electricidad) como a la integración vertical de las actividades de distribución y comercialización en cada uno de los sectores aisladamente considerados (que nosotros llamaremos “integración vertical homogénea”).

La integración vertical heterogénea, es decir, la integración vertical que se produce en el Nuevo Grupo resultante entre actividades y mercados de distintos sectores (gas y electricidad) como consecuencia de esta operación de concentración es totalmente novedosa, por su intensidad, en el mercado energético español.

Así en la Resolución se dice textualmente:

“El efecto vertical más novedoso de la operación estaría relacionado con la integración entre comercialización de gas y su empleo en el segmento de la generación eléctrica



Sobre la base de precedentes que corresponden a operaciones muy similares, se podría concluir que en una situación de posición dominante individual indiscutida de GAS NATURAL en el mercado de aprovisionamiento, y de la cuota elevada en los mercados de generación y comercialización de electricidad ostentada por ENDESA, la independencia del proveedor de gas respecto a los competidores en el sector eléctrico es un elemento crucial para el mantenimiento de la competencia efectiva en este último sector” (Página 278 de la Resolución) (El subrayado es nuestro)

Más adelante nos referiremos con detalle a esta cuestión porque es la clave para entender porque en opinión de este Consejero la operación no puede salvarse con condiciones.

Seguimos con las precisiones terminológicas. La integración vertical homogénea, es decir, la integración vertical que se produce entre distintas actividades y mercados de un mismo sector (eléctrico o gasista), fundamentalmente producción, distribución y comercialización, no es nueva en el mercado energético español, aunque la operación agrava los problemas previos existentes. Lo comentaremos con detalle en próximos apartados.

Por otro lado, la denominada en algunas ocasiones en la Resolución “integración de redes de distribución de gas y electricidad” se refiere a la coincidencia en las mismas zonas geográficas de un mismo Grupo empresarial gestionando las redes de distribución de electricidad y de gas. (Ej. En la página 290 de la Resolución se habla de “integración de redes”). El fenómeno aunque, no es nuevo, es la excepción en este momento en España. Los casos que se citan en Europa no son comparable porque en España la actividad de distribución no sólo es actividad de red, -como en otros países europeos-, sino que va acompañada de la actividad de suministro a tarifa. Por ello, en España



se producen serias interferencias entre la actividad de distribución y la de comercialización, que con la operación vienen a agravarse muy significativamente, como veremos. Con la operación propuesta se generaliza el fenómeno del solapamiento de redes a todo el territorio nacional repartido geográficamente entre dos operadores principales: el Nuevo Grupo resultante por un lado e Iberdrola por otro. La situación alteraría el modelo regulatorio previsto por el Legislador y algunos de sus principios esenciales, como veremos en el capítulo correspondiente.

Finalmente se hacen necesarias también algunas precisiones sobre el término “aprovisionamientos” y el término “abastecimientos”, que en el texto de la Resolución parece que se definen como actividades distintas. La realidad es que en el mundo profesional del sector y en la propia terminología empleada en la ley de Hidrocarburos, ambos términos pueden considerarse sinónimos. Así emplearemos ambos indistintamente en nuestro Voto Particular cuando comentemos las particularidades del mercado mayorista de gas.

Hechas las aclaraciones anteriores, -que ayudarán a entender algunas explicaciones aparentemente contradictorias contenidas en la Resolución-, pasamos a continuación a analizar en que consiste el efecto conglomeral (integración vertical heterogénea) en los mercados energéticos.

1.2.- La integración vertical heterogénea en los negocios de electricidad y gas y su relación con el diseño regulatorio español.

En la página 35 de la Propuesta Originaria se afirma textualmente lo siguiente:

“No obstante la definición de mercados de producto separados de gas y electricidad, cabe resaltar la creciente convergencia entre estos sectores, como muestra el proceso de entrada de muchas empresas eléctricas en la industria del gas y viceversa. Esta convergencia se debe



principalmente a tres factores. En primer lugar, existe una tendencia consolidada a nivel nacional y mundial a emplear el gas natural en la generación de electricidad en centrales de ciclo combinado, por su eficiencia y menor impacto medioambiental con respecto a otros combustibles fósiles. En segundo lugar, en estos últimos años se está difundiendo en España y otros países europeos el suministro conjunto de gas y electricidad, especialmente para los consumidores domésticos, como parte de la estrategia de captación de clientes de los grandes grupos energéticos. Finalmente, existen múltiples casos de reorganizaciones empresariales dirigidas a concentrar la gestión de las infraestructuras de gas y electricidad en una única unidad de negocio.

A la luz de estas consideraciones y de la naturaleza de la operación en estudio, este informe no solo realiza un análisis del impacto horizontal de la operación en los mercados relevantes de gas y electricidad, sino también considera sus efectos verticales, relacionados en particular con el uso del gas en generación eléctrica, y sus efectos de conglomerados, asociados con el arbitraje del gas entre mercado convencional y de generación, la realización de ofertas conjuntas de gas y electricidad y la integración entre redes de distribución y comercialización de ambos productos". (Página 34 in fine y 35 de la Resolución) (El subrayado es nuestro)

Efectivamente, los dos primeros factores que juegan hacia la convergencia de los sectores de gas y electricidad son conocidos y fueron tenidos muy en cuenta por el Legislador a la hora de diseñar el modelo regulatorio sectorial de la energía en España (y en general, en todo el mundo). Hay que recordar que el modelo regulatorio español apostó por una evolución gradual del marco de monopolio hacia mercados liberalizados, sin decisiones de intervención excesivamente traumáticas para modificar estructuralmente los diferentes



mercados. Es decir, sentó las bases sobre las cuales la propia dinámica competitiva introducida, permitiría el crecimiento natural de forma no simétrica con la situación preexistente, y produciendo la convergencia de los sectores de gas y electricidad con una situación estructural de mercado reordenada en función del acierto de cada compañía en la gestión del nuevo escenario abierto a la competencia. Pero parafraseando a Arquímedes, hacia falta una palanca, un punto de apoyo, para mover ese mundo. Y ese punto de apoyo fue esa previsible integración del sector del gas y electricidad a medio y largo plazo y al lógica competencia que iba a introducirse de un lado por parte de las compañías gasistas para entrar en el sector eléctrico, y de otro lado, por parte de las compañías eléctricas para entrar en el sector del gas, con la aparición de la tecnología de las plantas de generación eléctrica denominadas de ciclo combinado. (En adelante ciclos combinados o CCGTs, indistintamente)

Estas plantas CCGTs utilizan como combustible el gas para la generación de energía eléctrica y por ello son grandes demandantes de gas. Con esta situación, al generador eléctrico le interesa participar en el mercado del gas, por que tiene una posición competitiva de partida que no tienen otros competidores ajenos que carecen de ciclos combinados (CCGTs) de generación eléctrica (acceso teórico a costes competitivos de gas porque consumen grandes volúmenes de gas lo que le sirve para suministrar a sus propios CCGTs y vender la energía eléctrica a precio competitivo y, al mismo tiempo, con los excedentes de gas no consumidos en sus CCTs, competir en el mercado minorista de gas hacia consumidores finales con precios competitivos

Al mismo tiempo, a la compañía aprovisionadora-abastecedora de gas le interesa participar en la generación eléctrica porque tiene una posición competitiva de ventaja que no tienen otras generadoras eléctricas sin CCGTs (acceso teórico a precios competitivos en generación eléctrica al invertir en tecnologías de generación que utilicen como combustible el gas, ya que, al



mismo tiempo, adquiere el gas a costes competitivos en el abastecimiento-aprovisionamiento de gas por sus elevados volúmenes de demanda de producto gas directamente a consumidores finales, lo que le sirve para atender a sus clientes a precios competitivos y atender, con sus excedentes de gas, a su suministro a sus CCGTs a costes competitivos, para generar energía eléctrica a precios competitivos.

Como puede apreciarse ambas estrategias competitivas son de naturaleza opuesta y una juega en contra de la otra, garantizando la competencia reciproca entre ellas, mientras cumplan una premisa fundamental: que el generador eléctrico considere su negocio de gas como destinatario de sus excedentes de gas, y como prioridad en el suministro a CCGTs. Y de la misma forma y a la inversa, que el Grupo gasista considere su negocio eléctrico como destinatario del excedente de gas y como prioritario el mercado mayorista y minorista de gas. Mientras esto sea así existirá una fuerza competitiva tendente a incrementar su negocio "marginal" aumentando su nivel de "excedentes" hasta que llegue a resultarles antieconómica la propia dimensión de crecimiento del negocio marginal, ya que les obligará a inversiones (estructura, comerciales, etc...). Alcanzada esa dimensión límite, la siguiente dimensión estratégica será valorar si le compensa abandonar el carácter marginal del negocio y convertirlo también en negocio principal de su cadena de valor, acometiendo dichas inversiones que redimensione su negocio para trasladarlo estratégicamente de la zona marginal al negocio ordinario.

Como al mismo tiempo, las ventajas competitivas en mercados eficientes tienden a neutralizarse con el tiempo, y se extienden de forma más o menos simétrica en el proceso de generación de valor a todos los agentes que operan en él, todos los agentes actuarán tendencialmente hacia una tendencia de integración de sus negocios de gas y electricidad, compitiendo en el proceso con otros agentes que pretenderán los mismo.



Comisión

Nacional

de Energía

Por lo tanto la cuestión no es negar que sea lógico aventurar que a medio o largo plazo el escenario energético a nivel internacional esté conformado por agentes que presenten un cierto nivel de efecto conglomerado. La cuestión estriba en determinar **cómo y a que ritmo debe alcanzarse ese escenario.**

Para ello hay dos alternativas:

- De forma gradual, por efecto natural de la propia dinámica competitiva y mediante el crecimiento orgánico en cada actividad.
- De forma acelerada o provocada, anticipándose a ese escenario futuro, mediante procesos de concentración empresarial que persigan estratégicamente esa integración vertical heterogénea para alcanzar la ventaja competitiva antes que el resto.

Cada alternativa tiene ventajas e inconvenientes si se analizan en el contexto de un proceso de liberalización todavía incipiente en España, y muy heterogéneo si se atiende a la dimensión europea, con vocación de mercado único, pero con ritmos de apertura a la competencia muy desiguales entre los diferentes países.

Respecto a la alternativa gradual, el riesgo es caminar demasiado despacio hacia el horizonte previsto y ser "canibalizados" por la competencia. Pero ese "riesgo" está siendo objeto de especial contención, -o quizás sea más adecuado decir, estaba siendo objeto-, por el actual marco regulatorio: tal es así que el art. 63 (Modificado por el R.D 6/2000, en su artículo 7) de la Ley de Hidrocarburos establecía la posibilidad de prohibir determinadas adquisiciones empresariales a las compañías gasistas (fundamentalmente GAS NATURAL) y dejaba en manos de esta CNE el ejercicio de tal facultad de salvaguarda del modelo de actividades reguladas en la Ley, a través del ejercicio de la denominada función 14ª.



Respecto a la alternativa acelerada o provocada, el riesgo es adelantarse demasiado y en lugar de adquirir una ventaja competitiva se adquiera una posición de dominio sin posibilidad de contestación por el resto de agentes, poniendo en riesgo el proceso de liberalización. Nótese que empleamos la palabra “riesgo” desde la perspectiva del regulador que debe velar por la competencia, porque desde la perspectiva de la Empresa que lo promueve no es riesgo sino ventaja, oportunidad y lógico deseo que el regulador llegue a permitirle adquirir tal posición de ventaja incontestable.

En definitiva, la cuestión no es debatir sobre esa lógica tendencia a la integración vertical heterogénea de esos grandes grupos empresariales, sino valorar el grado de integración vertical heterogénea que puede admitir un mercado sin poner en riesgo la propia dinámica de apertura a la competencia y la posición en la que quedan el resto de los agentes. Y en ese análisis ha de atenderse a las circunstancias concretas del mercado analizado (en este caso el mercado español) y a las circunstancias concretas de la operación analizada. Por esa razón las comparaciones con otros mercados o las apelaciones a supuestos procesos internacionales de concentración con efecto vertical heterogéneo como nueva tendencia a seguir, pueden resultar engañosas.

Vamos a analizar por tanto, la situación concreta que nos ocupa en la situación del concreta del mercado español.

1.3. La integración vertical heterogénea de la operación analizada: Efecto conglomerado muy intenso y sin posibilidad de contestación.

En la Resolución se explica de forma un tanto confusa la situación que puede crearse, en las páginas 278 y siguientes hasta la página 285 ut supra. Decimos que es algo confusa porque, por ejemplo, se separa la descripción contenida



Comisión

Nacional

de Energía

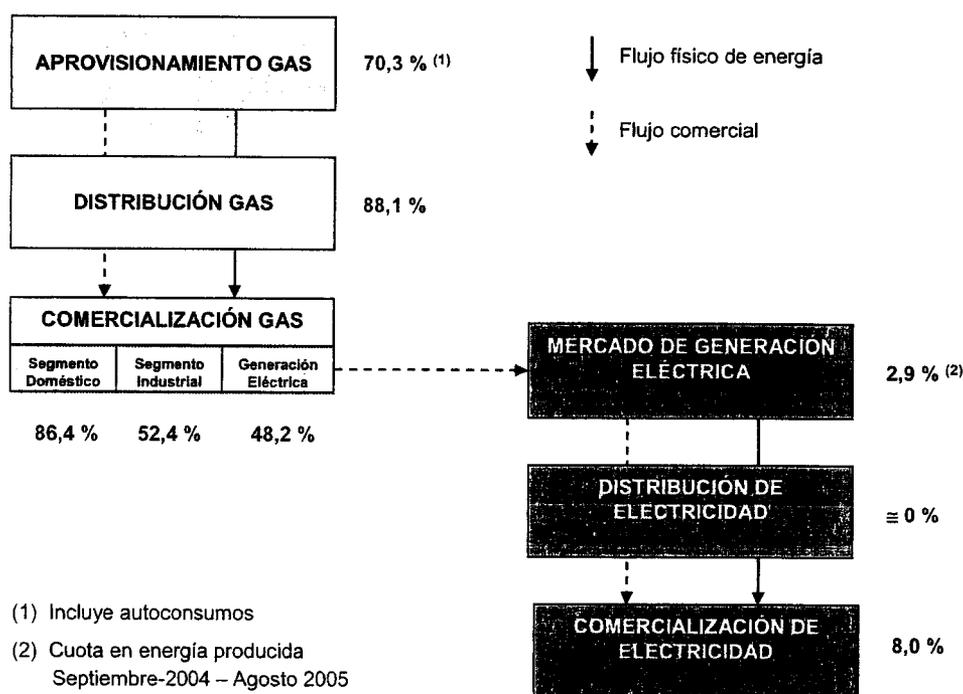
en el apartado 8.2.6. "Conclusiones sobre la valoración de la integración vertical en los diferentes sectores" del apartado siguiente 8.3. "Valoración de los aspectos conglomerales de la operación y su eventual incidencia sobre la competencia".

La realidad es que el apartado 2.8.6. está describiendo muy esquemáticamente algunos de los efectos conglomerales o como hemos denominado anteriormente de integración vertical heterogénea. Por ello, debería formar parte del apartado 8.3.

En cualquier caso, el contenido del apartado 8.3 tampoco parece muy claro, de modo que vamos a intentar realizar nuestra propia explicación de la cuestión de la forma más esquemática posible.

La clave de la situación actual y la diferencia con la nueva situación desde el punto de vista del efecto conglomerado o de integración vertical heterogénea nos la dan los Cuadros contenidos en las pags. 281 (Cuadro 149), pag. 282 (Cuadro 150) y pag. 283 (Cuadro 151) de la Resolución. La situación previa y posterior a la operación se esquematiza de forma muy gráfica de la siguiente manera:

Cuadro 149 Resumen de las cuotas del grupo GAS NATURAL en los distintos mercados relevantes de los sectores de la electricidad y del gas natural



Fuente: CNE

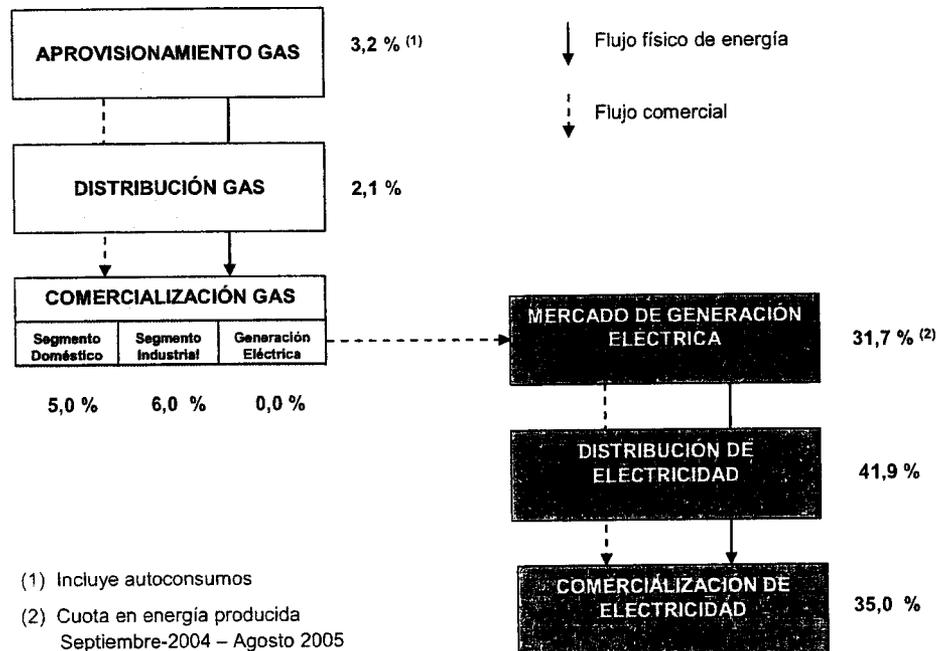
En el Cuadro anterior se observa el grado de integración vertical del negocio de gas y electricidad del Grupo GAS NATURAL es bajo actualmente (Cuadro 149), ya que aunque es el incumbente en el sector del gas (con cuotas de mercado de entre el 48% y el 88% en los diferentes mercados relevantes de gas) , ostenta cuotas menores en el sector de electricidad (cuotas de mercado de entre el 2% y el 8% en los mercados relevantes de electricidad) .

Veamos la situación actual de ENDESA en el Cuadro siguiente:



Comisión
Nacional
de Energía

Cuadro 150 Resumen de las cuotas del grupo ENDESA en los distintos mercados relevantes de los sectores de la electricidad y del gas natural



Fuente: CNE

De la misma forma, en el Cuadro 150 se aprecia que el grado de integración vertical heterogénea o conglomeral del negocio de gas y electricidad de partida del Grupo ENDESA es bajo actualmente, porque aunque es el incumbente en electricidad (con cuotas de mercado que oscilan entre el 34,6% y el 43 % en los mercados relevantes de electricidad) , ostenta cuotas bajas en el mercado de gas (con cuotas de mercado de entre el 0% y el 6% en los diferentes mercados relevantes de gas).

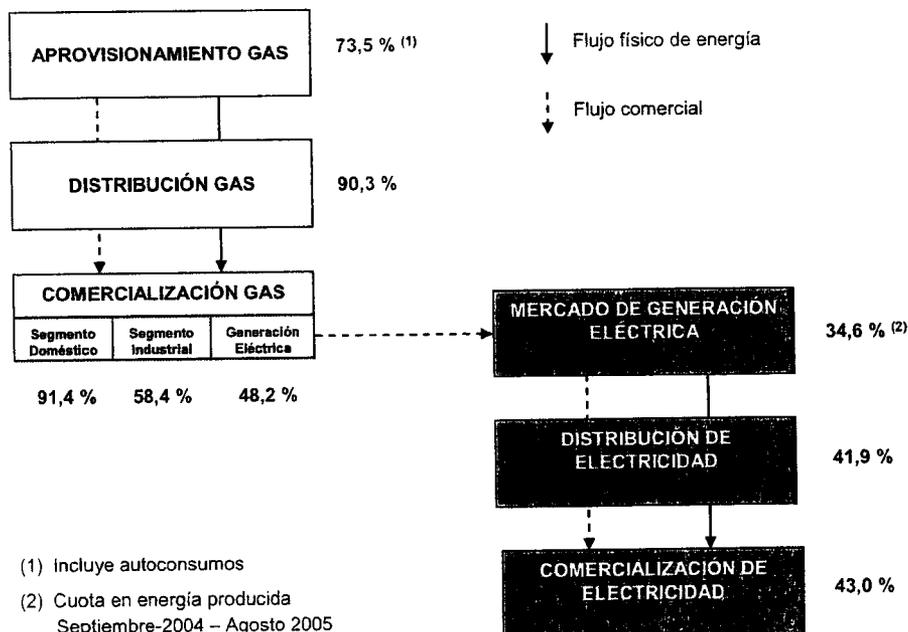
Como puede apreciarse de la comparación de ambos Cuadros 149 y 150 con mucha claridad se observa que ambas Compañías tienen actualmente en común un grado de integración vertical heterogéneo o conglomeral bajo, como



el resto de las compañías del sector. Ello es así porque aunque es bajo ("marginal" decíamos en nuestra explicación previa en apartados precedentes), les resulta suficiente para competir entre ellas en sus mercados respectivos, como luego veremos al comentar el funcionamiento de los mercados de aprovisionamiento de gas y del mercado mayorista de electricidad.

Pero en el Cuadro 151 (Página 283 de la Resolución) se observa un cambio radical de escenario, al sumarse ambas Compañías :

Cuadro 151 Resumen de las cuotas del grupo resultante de la operación (sin desinversiones) en los distintos mercados relevantes de los sectores de la electricidad y del gas natural (Fuente CNE)





Es decir, la situación del **grado de integración vertical heterogénea o conglomeral de los negocios de gas y electricidad cambia radicalmente con el Nuevo Grupo Resultante ya que se produce un altísimo grado de integración vertical del negocio de gas y electricidad**, con cuotas de posición de dominio en todos los mercados relevantes de ambos sectores. (Cuadro 151). Ello es así, porque el Nuevo Grupo “hereda” la posición como incumbente de ENDESA en los mercados eléctricos y “hereda” igualmente la posición como incumbente de GAS NATURAL de los mercados gasistas. Por ello, el Nuevo Grupo resultante pasa a ser **nuevo y único incumbente** considerando la integración vertical de los sectores de gas y electricidad.

La Resolución describe los peligros de la situación en las págs. 254 a 264 ambos inclusive. De la lectura de dicha explicación cabe resaltar los siguientes extractos:

“ En el contexto español, el SDC, en su documento *“Elementos esenciales del análisis de concentraciones económicas por parte del servicio de defensa de la competencia”*, incluye la consideración de los efectos verticales derivados de una concentración:

“ (...) En segundo lugar, los efectos sobre la competencia de una operación pueden ser verticales, derivados de la presencia de las partes en mercados de producto ascendentes y descendentes. En particular, es preciso considerar el grado de competencia en las distintas etapas de la producción, el acceso a activos esenciales por parte de las empresas o en qué medida esta integración puede resultar en una elevación de las barreras a la entrada en alguno de los mercados verticalmente relacionados (...)”

Y continúa afirmándose en la Resolución, en la págs. 256 y 257 lo siguiente:



“Con carácter general, las concentraciones verticales pueden entrañar efectos negativos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva, en la medida en que la integración de las actividades de las empresas que se concentran y entre las que existe una **relación vertical de aprovisionamiento**, afecte a las condiciones de competencia en los mercados ascendente y/o descendente.”(El subrayado es nuestro)

Posteriormente en las página 259 y siguientes, la Resolución se centra en explicar **la cuestión que es auténticamente relevante**: la relación entre el aprovisionamiento de gas y la generación de electricidad con ciclos combinados (CCGTs). En dicha explicación se afirma:

“Desde finales de los años 90 los principales grupos energéticos españoles han venido desarrollando **una estrategia de integración entre gas y generación eléctrica**, relacionada con la construcción de nuevas centrales de ciclo combinado para abastecer una demanda eléctrica creciente. Por un lado, GAS NATURAL ha desarrollado su entrada en generación eléctrica desde su posición histórica como proveedor dominante de gas a España, en el marco de una estrategia encaminada a asegurar una colocación rentable del gas en el mercado final. En la actualidad GAS NATURAL posee una cuota en generación eléctrica del 2,9%, aún cuando su potencia instalada está en fase de expansión y la cuota prevista en potencia a finales de 2006 está cerca del 6%

Por otro lado, algunas empresas eléctricas han entrado, aunque con estrategias diferenciadas, en los segmentos de aprovisionamiento y comercialización del gas natural. Como ejemplos de esta tendencia se pueden mencionar los casos de IBERDROLA y UNIÓN FENOSA. La primera tiene en la actualidad una cartera diversificada de contratos



internacionales de gas (en 2004 esta empresa adquirió gas de ENI y SONATRACH, entre otros), participaciones relevantes en las plantas de regasificación de Bilbao y Sagunto (en fase de construcción) y en el proyecto MEDGAZ. Por su lado UNIÓN FENOSA ha invertido de forma significativa en el segmento *upstream* en Egipto, que incluye la construcción de una planta de licuefacción de gas, y tiene una participación accionarial en REGANOSA, la sociedad que está desarrollando una nueva planta de regasificación en Galicia. ENDESA ha desarrollado su actividad en el mercado de aprovisionamiento de gas, mediante su filial de trading CARBOEX, y tiene como IBERDROLA una participación del 12% en el proyecto MEDGAZ.”



Es decir, lo que explicábamos anteriormente a propósito del diseño regulatorio que potencia la competencia entre las compañías eléctricas y la principal compañía gasista en sus mercados respectivos, se confirma también en con la explicación anterior. El diseño está funcionando y va dando sus frutos, haciéndose huecos de mercado cada compañía con arreglo a su estrategia a costa del incumbente del otro sector.

Pero la novedad de la situación provocada con la operación de concentración **la resalta también la Propuesta Originaria (pag. 270, in fine y 271) en los siguientes términos:**

“La operación propuesta crearía un grupo con la misma capacidad de suministro de gas a ciclos combinados que tiene en la actualidad GAS NATURAL y, además, aumentaría significativamente, por encima de la cuota de ENDESA, su participación en el mercado de generación eléctrica.



Comisión
Nacional
de Energía

	GAS NATURAL	ENDESA	GAS NATURAL – ENDESA
Comercialización a ciclos combinados	48,2%	0%	48,2%
Generación eléctrica	2,9%*	31,7%*	34,6%

*Cuotas en energía producida en el periodo Septiembre 2004 – Agosto 2005

Fuente: CNE

Frente a este escenario, que **se presenta como novedoso en el mercado español, puesto que ninguno de los principales generadores tiene una posición tan prominente como la de GAS NATURAL en aprovisionamiento y comercialización de gas.** “ (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, después de estas conclusiones, la Resolución se centra en al supuesto análisis del efecto comentando situaciones de concentración horizontal en aprovisionamientos de gas y producción de electricidad. El problema con la nueva situación creada no es el “cierre del mercado de aprovisionamiento”, ni el “cierre del mercado de generación eléctrica”, ni el “acceso privilegiado a información sobre el aprovisionamiento de otros aprovisionadores”. O dicho de otro modo: dichos efectos pueden tener su relevancia, pero no son nada si se comparan con el efecto más pernicioso de esa intensa concentración conglomeral o vertical heterogénea del Grupo Resultante. **Nos referimos al efecto de aparecer muy significativamente una capacidad incontestable y un incentivo muy acusado del Nuevo Grupo resultante para alterar el precio de la generación eléctrica en el mercado mayorista.**

Los efectos derivados del incremento de cuota en todos los segmentos que integran el negocio verticalmente integrado de gas y electricidad los define con toda nitidez la Propuesta Original en su página 280:



“ (.....)Con el fin de ilustrar mejor los efectos conglomerales de la operación es útil resumir los principales efectos horizontales y verticales de la operación. Los cuadros ilustran las cuotas de mercado de los dos grupos en la actualidad y como consecuencia de la operación en todos los segmentos de mercados relevantes.

La comparación de los cuadros 146, 147 y 148, que se adjuntan a continuación, revela unos patrones importantes:

- Los efectos horizontales (concentración en un mismo mercado) son presentes pero no implican aumentos de cuotas muy sustanciales con respecto a las posiciones actuales de los dos grupos en cada mercado, puesto que estos no tienen un grado elevado de coincidencia en los mismos mercados.
- El nuevo grupo hereda las relaciones verticales ya existentes en GAS NATURAL y ENDESA, aún cuando reforzadas. Además, se amplifica la relación entre suministro de gas y generación eléctrica, al poderse producir una situación potencial de cierre del mercado de suministro para generación eléctrica y una situación de retirada de la demanda futura de ENDESA del mercado del gas.
- **Los efectos conglomerales (entre mercados distintos) son realmente los más relevantes de esta operación**, puesto que el nuevo grupo obtendría, con respecto a GAS NATURAL y ENDESA como empresas separadas, una presencia muy significativa en ambos sectores del gas y de la electricidad.



La fuerte posición del nuevo grupo en gas y electricidad sería inigualable por otros operadores actualmente activos en el mercado. Además esta posición sería problemática por crear: (1) una capacidad simultánea de afectar el nivel de los precios en generación eléctrica y en comercialización de gas, y por tanto de condicionar el proceso de arbitraje entre estos dos mercados; (2) una capacidad de comercialización conjunta de gas y electricidad a partir de la titularidad conjunta de redes de distribución de gas y electricidad, que conferiría al nuevo grupo el acceso directo, con ventajas inigualables por comercializadores independientes, a una amplia base de clientes." (El subrayado es nuestro)



Insistimos en que esto lo dice la propia Resolución, y dice lo correcto en ese punto. El problema es que la cita de los cuadros 146, 147 y 148 puede confundir, ya que son todos cuadros que ponen relieve efectos de concentración horizontal, (los más leves según la Resolución) por lo que debe de haber un error numérico en la cita. Los cuadros que realmente ponen de relieve el problema de efecto conglomeral o integración vertical heterogénea (que son los que se reconocen en la Resolución como los más graves, como acabamos de ver) son los Cuadros 149, 150 y 151 que ya hemos comentado anteriormente.

Luego veremos con más detalle los efectos concretos que se producen como consecuencia de la integración de redes de distribución de gas y electricidad, porque se trata de una problemática diferente.

Lo que interesa resaltar ahora aquí es que, a juicio del Director General de Energía Eléctrica, del Director General de Gas y del Director General de Regulación y Competencia firmantes de la Propuesta Original y de la Propuesta Modificada, y a juicio del Voto Mayoritario, que incorpora dicha opinión a la



Comisión

Nacional

de Energía

Resolución en su página 280, y a juicio de este Consejero, -y casi nos atreveríamos a decir que a juicio del resto de miembros del Consejo-, dicha posición de dominio no tiene replicable posible en los mercados actuales de gas y electricidad: o dicho de otro modo “...**sería inigualable** por otros operadores actualmente activos en el mercado.”, por utilizar la expresión empleada en la Resolución.

Y efectivamente así es. La situación no admite contestación por otros agentes. Es inigualable porque los dos grupos que se integran son nada mas y nada menos que el primer grupo del sector eléctrico y el primer grupo del sector del gas natural, que presentan cuotas de mercado ya excesivamente altas en sus respectivos sectores.

El efecto conglomeral que estamos analizando es totalmente novedoso para el sistema regulatorio español. Es tan novedoso que incluso la consecuencia que crea en el mercado mayorista de electricidad ni siquiera el denominado “Libro Blanco” llega a considerarlo en el diagnóstico de la situación del mercado de generación eléctrica en España, porque no podía diagnosticar lo que no existía como problema de mercado ni puede, por tanto, dar opinión sobre dicha nueva situación. Así, todo lo que llega a afirmarse en el referido Libro Blanco en relación con la integración vertical de los negocios de electricidad y gas, es lo siguiente:

“Por otra parte, a pesar de que esta cuestión rebasa los límites del problema eléctrico, no puede olvidarse que la interacción entre electricidad y el gas no está exenta de algunos problemas operativos menores, similares a los descritos. Algunos agentes señalan la necesidad de dotar al operador del sistema gasista de procedimientos más detallados y de más autoridad, así como de fomentar la coordinación entre ambos operadores. En particular, un aspecto crítico desde el punto de vista de la fiabilidad del suministro eléctrico es que la operación del sistema del gas permita asegurar que un agente



productor que tiene un contrato firme de suministro podrá siempre emplearlo para general electricidad cuando no lo necesite”²

La situación que estamos analizando no tiene que ver con la garantía del suministro a los ciclos combinados, sino con la capacidad del Nuevo Grupo resultante de variar el precio en el mercado mayorista de producción de energía eléctrica, “graduando” el flujo de gas que destinada a sus plantas de ciclo combinando y retirándolas del mercado diario de generación cuando le interese estratégicamente para elevar precios.

Decíamos anteriormente, que esta situación conglomeral produce efectos preocupantes en lo mercados relevantes analizados.

Así en la Resolución se concluye en el apartado 8.3.3. “Conclusiones sobre la valoración de los efectos conglomerales de la operación” (pág. 293 y 294) lo siguiente:

“El grupo resultante de la operación heredaría el fuerte grado de integración vertical y la posición dominante de GAS NATURAL en el sector del gas y de ENDESA en el sector eléctrico. Por tanto, tendría una presencia simultánea muy importante en los dos sectores, **inigualable por otros operadores actualmente activos en el mercado.** Esto sería problemático por varias razones.

En primer lugar, el nuevo grupo tendría el incentivo y la capacidad de incrementar simultáneamente los precios del mercado de generación eléctrica y los precios de comercialización de gas.

² Más adelante nos referiremos a esta problemática y como ha sido ejercida “posición de dominio” hasta ahora por parte de GAS NATURAL en los suministros a ciclos combinados (CCGT)s, apoyándose en la actuación del Gestor Técnico del Sistema, el denominado “Contrato Deslizante” y los Expedientes sancionadores abiertos por esta CNE a ENAGAS.



debido a sus cuotas elevadas en aprovisionamiento de gas y en el mercado de generación eléctrica.

En segundo lugar, el grupo resultante de la operación sin considerar desinversiones aumentaría significativamente el número de puntos de suministro de gas y electricidad del cual es titular y en determinadas áreas geográficas (Aragón, Andalucía, Cataluña y el sur de Extremadura) obtendría un solapamiento de las redes de gas y electricidad. En el contexto actual, dada la relativa inmadurez del mercado (sobre todo doméstico y comercial) y la separación incompleta entre distribución y comercialización, esta integración de redes ofrecería al nuevo grupo el acceso a una amplia base de potenciales clientes, fácilmente susceptibles de ser captados en el mercado libre, a bajo coste, por la comercializadora del grupo. Esta posición del nuevo grupo, que además dispondría de claras ventajas upstream en la oferta conjunta de gas y electricidad, podría obstaculizar seriamente el desarrollo de la competencia efectiva en las zonas afectadas, puesto que los comercializadores independientes difícilmente podrían competir en condiciones de igualdad." (El subrayado es nuestro)

Vamos a centrarnos inicialmente ahora en los efectos sobre el mercado mayorista de electricidad, ya que no hay condición ni remedio que puede paliar esa situación que se crea con la operación. Posteriormente nos referiremos al efecto del solapamiento de redes, ya que para esta problemática si había condiciones efectivas que pueden remediar dicho efecto, aunque desgraciadamente el Voto Mayoritario las ha rechazado sustituyéndolas en la Resolución por otras que van a ser escasamente eficaces. Lo comentaremos en un Capítulo específico (Capítulo III).



Así también se dice lo siguiente en la Resolución (pag. 278):

“El efecto vertical más novedoso de la operación estaría relacionado con la integración entre comercialización de gas y su empleo en el segmento de la generación eléctrica.

Sobre la base de precedentes que corresponden a operaciones muy similares, se podría concluir que en una situación de posición dominante individual indiscutida de GAS NATURAL en el mercado de aprovisionamiento, y de la cuota elevada en los mercados de generación y comercialización de electricidad ostentada por ENDESA, la independencia del proveedor de gas respecto a los competidores en el sector eléctrico es un elemento crucial para el mantenimiento de la competencia efectiva en este último sector³.”

Y sigue diciendo Resolución:

³ Ver igualmente la Recomendación 14.13 del Informe CNE sobre la operación ENDESA/IBERDROLA, página 198, en la que se subrayaba la conveniencia de independizar los sectores de gas y electricidad: “Puesto que el incremento de competencia en el sector eléctrico puede venir propiciado por la participación en el mismo de sociedades que tradicionalmente operan en el sector del gas, y de forma recíproca, la competencia en el sector de gas podría verse incrementada igualmente por la participación de empresas eléctricas en el mismo, es conveniente independizar en lo posible la operación de las diversas compañías: eléctricas y gasistas”.

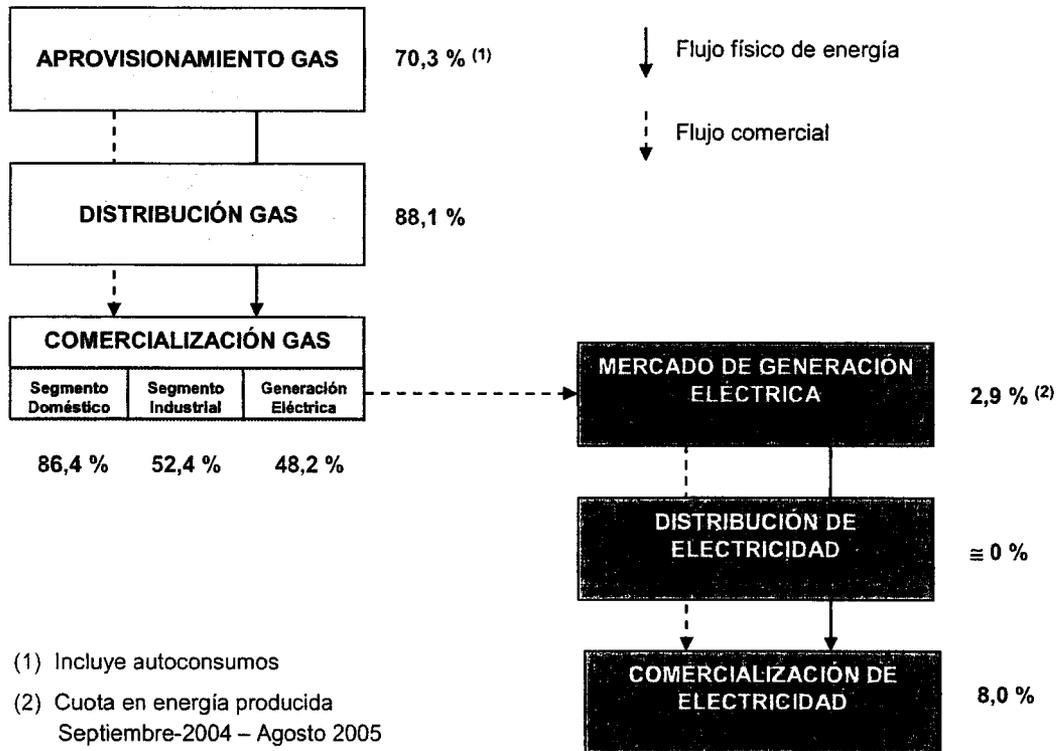
Ver igualmente en la Conclusiones del mismo informe, la conclusión 15.10 sobre condicionados a la actividad de producción, en el 15.10.7 “Sobre los nuevos agentes generadores con posición de dominio en mercados de suministro de combustibles”, se señala: “Para prevenir distorsiones de competencia en el mercado de generación eléctrica, se considerará la situación que los adquirentes de centrales incluidas en el Plan de Desinversión tengan en el mercado de gas natural y petróleo como combustibles para consumo eléctrico. La consideración de dichas situaciones, o cuotas de mercado de combustibles, se realizará conjuntamente con la de las cuotas del mercado de producción eléctrica que vayan a adquirir”.



“Con respecto a estos precedentes es importante resaltar dos características recientes del mercado energético español: (1) GAS NATURAL opera desde hace varios años como generador en el mercado eléctrico; (2) la mayoría de las empresas eléctricas han ido posicionándose en el mercado de aprovisionamiento del gas y tienen en la actualidad acceso a proveedores distintos de GAS NATURAL, aún cuando esta empresa tiene posiblemente el *mix* de aprovisionamientos más competitivo del mercado”.

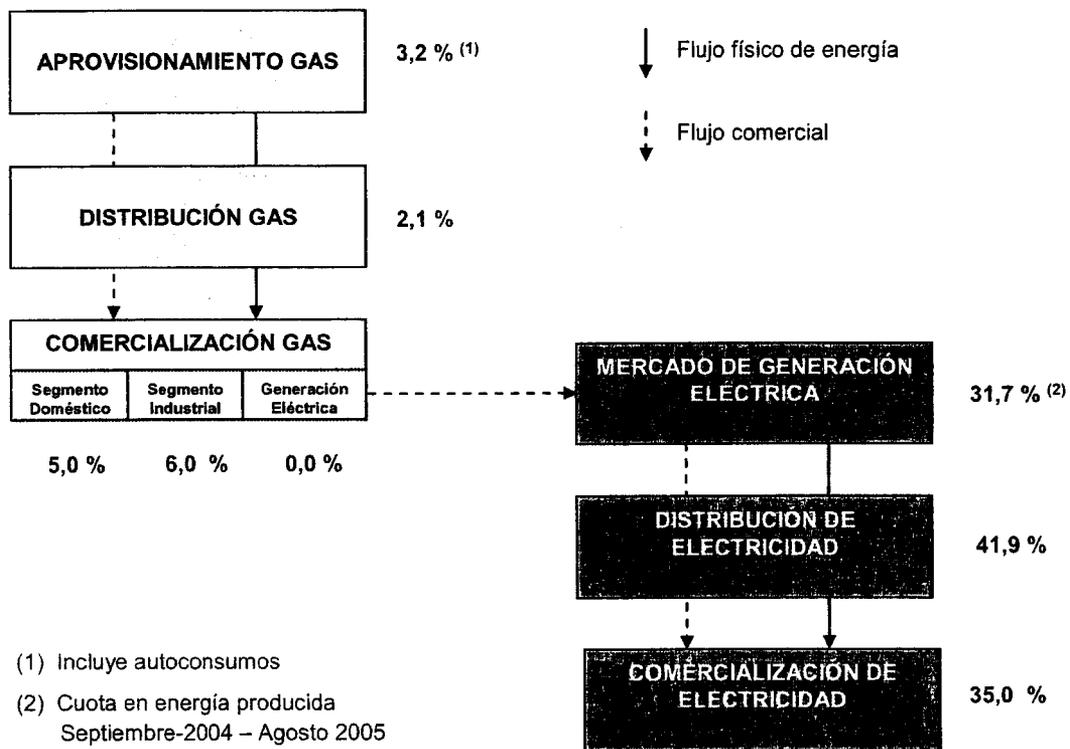
Pues bien, el primer párrafo es cierto pero no refleja toda la verdad o puede inducir a confusión tal y como se inserta en ese punto. Porque lo que se esta analizando no es si GAS NATURAL tiene generación, o si otros generadores eléctricos tiene gas. Lo que se esta analizando es la cualidad, la intensidad del cambio en ese nivel de integración vertical heterogénea como consecuencia de la operación. Recordemos cual es la situación de partida existente y cual es la situación final:

Cuadro 1 Resumen de las cuotas del grupo GAS NATURAL en los distintos mercados relevantes de los sectores de la electricidad y del gas natural



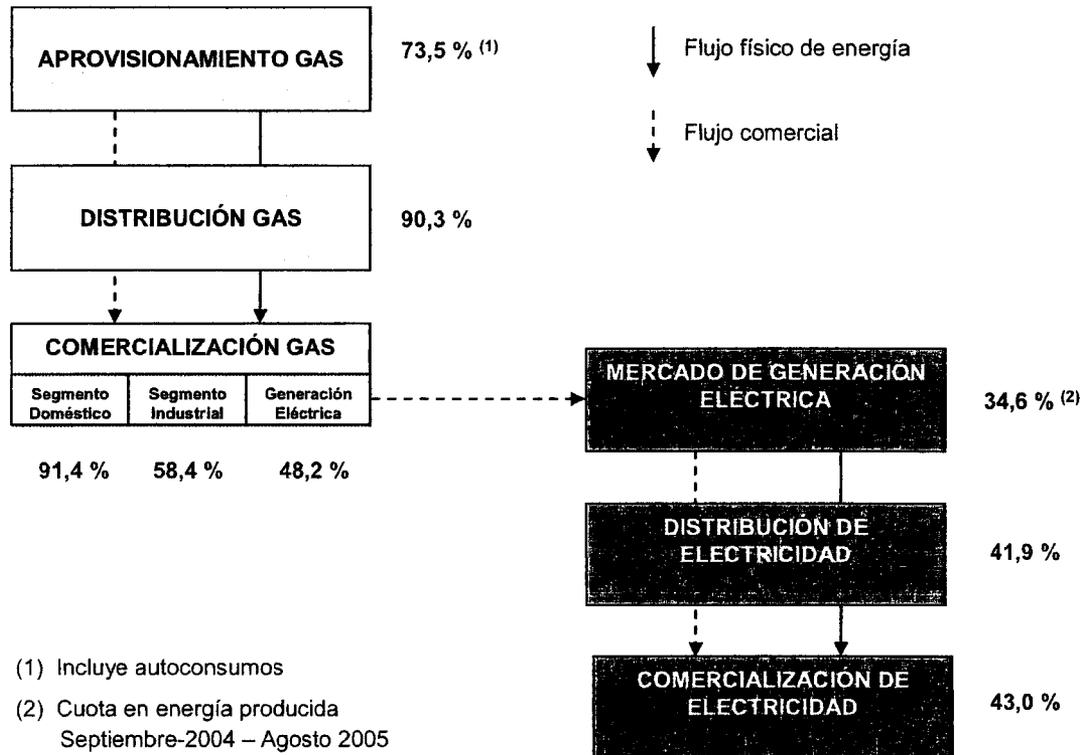
Fuente: CNE

Cuadro 2 Resumen de las cuotas del grupo ENDESA en los distintos mercados relevantes de los sectores de la electricidad y del gas natural



Fuente: CNE

Cuadro 3 Resumen de las cuotas del grupo resultante de la operación (sin desinversiones) en los distintos mercados relevantes de los sectores de la electricidad y del gas natural



Fuente: CNE

Vamos a analizar por tanto, que la alegación sobre la circunstancia de que GAS NATURAL ya está generando electricidad actualmente puede ser engañosa, porque en la actualidad no tiene ni la capacidad ni los incentivos que tendría para influir en el precio mayorista de electricidad elevando el margen.

Por otro lado, vamos a analizar como también la otra afirmación sobre los aprovisionamientos de gas no refleja toda la realidad porque no hace mención al efecto de la “retirada” de ENDESA como oferente de gas en el mercado mayorista, ya a la situación de rigidez en la oferta y la demanda del mercado



de aprovisionamientos-abastecimientos. Lo comentaremos en un apartado individualizado.

1.4.- Los efectos inducidos sobre el mercado mayorista de generación eléctrica y sobre los mercados minoristas de electricidad y gas. Capacidad e incentivo para ejercer la posición de dominio en todos ellos.

El problema se define en la propia Resolución, aunque en ocasiones de forma un tanto confusa: (Pag. 293)

“En primer lugar, el nuevo grupo tendría el **incentivo y la capacidad de incrementar simultáneamente los precios del mercado de generación eléctrica y los precios de comercialización de gas,** debido a sus cuotas elevadas en aprovisionamiento de gas y en el mercado de generación eléctrica.”

Respecto a la capacidad de alterar el precio del pool de generación eléctrica **graduando el volumen o el nivel de precios de los aprovisionamientos-abastecimientos de gas,** es conveniente recordar como opera el pool de generación eléctrica que fija los precios del mercado mayorista de electricidad en España.

El precio del mercado diario representa la componente principal del precio final de la energía y sirve como referencia para la fijación del precio en los contratos bilaterales. **Por esta razón, la mayor parte del análisis presentada en el apartado 8.1.2.2 se enfoca al impacto de la operación sobre la dinámica competitiva que tiene lugar en el mercado diario y que depende sobre todo de variables como el tamaño y el mix de generación de cada empresa, y el margen de cobertura de la demanda en cada periodo temporal considerado.**



Los productores del régimen ordinario tienen la obligación de vender su producción en el mercado diario o mediante contratos bilaterales, obteniendo a cambio una remuneración que refleja los precios de mercado. Aunque la energía eléctrica es un bien homogéneo, su producción puede realizarse mediante tecnologías heterogéneas. **Conjuntamente al tamaño, el mix tecnológico de un generador influye en su capacidad e incentivos a actuar de forma estratégica para modificar los precios en su beneficio.**

Respecto a la estrategia de oferta, se sigue diciendo en la Resolución lo siguiente: (Pag. 197 in fine y 198)

“La competencia en el mercado eléctrico

El diseño del mercado eléctrico español incentiva en principio a los generadores a realizar ofertas que reflejen el coste marginal de su producción, puesto que el precio del mercado diario en cada periodo se fija sobre la base de la oferta del último generador necesario para suministrar la demanda.”

Sin embargo en la llamada a pie de página se “detalla” más esa explicación en los siguientes términos:

“Se puede demostrar que en un mercado marginalista la estrategia de ofertas que maximiza los beneficios para el generador es ofertar simplemente su coste variable de funcionamiento. De este modo, si su la oferta no es aceptada, esto implica que el coste de funcionamiento



es superior al precio de mercado, y, por tanto, producir energía hubiera proporcionado pérdidas al generador. Si, por el contrario, su oferta es seleccionada, esto implica que el coste de funcionamiento es inferior al precio de mercado y la producción de energía reporta al generador beneficios iguales a la diferencia entre su coste de funcionamiento y el precio del mercado. **Así, la presentación de ofertas iguales al coste variable permite al generador obtener un margen siempre que el precio sea superior a su coste variable de funcionamiento. De este modo, el generador maximiza su rentabilidad y sus posibilidades de recuperar la inversión realizada.**

Vamos a ver a continuación los efectos que puede producir la operación en relación con lo anterior.

1.5.- Elevados incentivos para el incremento del precio de la generación eléctrica.

Del análisis del funcionamiento del mercado mayorista de electricidad, puede deducirse que con el mix tecnológico actual de las centrales de generación eléctrica en España, la capacidad de influir en el precio de la electricidad en dicho mercado mayorista puede existir, pero limitada o contenida precisamente por la existencia del "maverik". Al desaparecer este como tal maverik y transformarse en el incumbente, el incremento de las posibilidades y del incentivo de los dos principales Operadores para subir los precios en el pool de generación eléctrica pueden tener una magnitud muy considerable que acabarán sufragando los consumidores.

Son muchos los efectos negativos que se describen en la Resolución, como directa consecuencia de dicha integración vertical heterogénea.



(Pag. 263)

“A pesar de la relación existente con otros generadores eléctricos, es posible que GAS NATURAL hasta la fecha no haya tenido grandes incentivos a incrementar sus costes de suministro de gas, debido a que su cuota en el mercado de generación eléctrica es relativamente pequeña y que la empresa actúa fundamentalmente como precio aceptante. Al contrario, el grupo resultante de la operación podría tener incentivos mayores a incrementar el coste de sus competidores en el mercado de generación eléctrica, que a su vez podrían traducirse en un aumento del precio del pool eléctrico. Esto se debería, esencialmente, al hecho de que el nuevo grupo tendría una cuota en generación muy superior a la de GAS NATURAL en la actualidad y, por tanto, el beneficio de un aumento del precio del pool se repercutiría sobre un número mucho mayor de centrales”. (El subrayado es nuestro)

En las paginas 284 y 285 de la Resolución se sigue diciendo:

“Una segunda posibilidad, especialmente preocupante, sería el impacto sobre el proceso de arbitraje entre el mercado convencional de gas y el mercado de gas para la generación eléctrica. El hecho de que el crecimiento de la demanda de gas sea especialmente importante en generación, llevará a que la cuota del mercado gasista global para generación tenga cada vez más peso, y que por lo tanto, la imbricación de los sectores eléctricos y gasista sea mayor, pudiendo llegar a tener la actividad de comercialización la función de arbitrar precios entre ambos mercados: si los precios en el mercado eléctrico son atractivos, se reducirá la oferta de gas con destino a los consumidores industriales y domésticos, lo que llevaría a un encarecimiento de precios, en caso contrario, habría más gas disponible para los consumidores finales gasistas, y, previsiblemente mejores precios (este efecto es siempre

difícil de prever pues, por ejemplo, no se opera en un mercado exclusivamente nacional). En este caso, una empresa bien posicionada en ambos sectores podría tener una posición de ventaja competitiva en ambos mercados.

El arbitraje debería en principio permitir optimizar en cada momento el empleo del gas en los mercados (convencional o de generación) y fomentar la competencia. Sin embargo esto requiere que los dos mercados involucrados funcionen de forma competitiva. Así, GAS NATURAL en la actualidad compite en el pool eléctrico contra otras tecnologías y es generalmente un generador precio aceptante. Está claro que este precio representa un coste oportunidad para el gas ofertado en el mercado convencional a los consumidores industriales y que si este precio sube GAS NATURAL tendrá un claro incentivo a ofertar el gas a los consumidores industriales a un precio más alto (esta, de hecho, es la situación que se está registrando en la actualidad). Por otra parte, si el precio de la electricidad en el pool baja GAS NATURAL no tendrá incentivo, dada su cuota de mercado elevada y la opacidad de precios en el mercado convencional, a reducir su oferta a los consumidores industriales. **Como resultado de la operación este problema se ve agravado por el hecho de que el nuevo grupo tendría capacidad de afectar el precio del pool eléctrico, debido a su cuota de mercado mucho mayor que la actual del Grupo GAS NATURAL. Así, la capacidad de subir el precio en el mercado eléctrico se uniría a la capacidad de incrementarlo en el mercado de comercialización, reduciendo los beneficios teóricos del proceso de arbitraje.** (El subrayado es nuestro)

Realmente la explicación no es muy afortunada en cuanto a su claridad, ya que el “problema no se ve agravado” sino que surge por vez primera



en el sector de forma estructural. Es la primera vez en que aparece como posible que un Agente (el Nuevo Grupo Resultante) pueda tener al mismo tiempo la capacidad y el incentivo para alterar al alza los precios del pool de generación eléctrica graduando el volumen o el precio de los aprovisionamientos-abastecimientos de gas.

En el año 2.004, Iberdrola tuvo poder de mercado como suministrador pivote durante 4.802 horas, lo que supone el 55% del año. ENDESA ostentó dicho poder de mercado durante 1.737 horas, lo que supone un 20% del año.

Con un escenario Post-OPA, el Nuevo Grupo Resultante incrementa hasta 2.288 horas, y el 26% del año, el periodo de posición dominante por suministro pivote. Iberdrola permanece en las 4.802 horas (55%). Sin embargo, si se llevara a la práctica la desinversión de activos del Nuevo Grupo a favor de IBERDROLA que propone GAS NATURAL, el número de horas en las que IBERDROLA ejercería capacidad de pivote ascendería a 7.530 horas (el 86% del año). No parece muy razonable la estrategia empresarial que otorga a la competencia un poder de mercado en la fijación de precios tan descomunal...salvo que exista el pleno convencimiento de que la estrategia del "competidor" va a ser coincidente con la estrategia propia, precisamente por la simetría adquirida respecto a ella en mix de tecnologías, estructura de precios, cuota de mercado, etc....Las probabilidades de "colusión tácita" parecen muy altas a la vista del competidor escogido por GAS NATURAL para transmitirle activos.

Pero por otro lado, si no es IBERDROLA el adquirente de dichos activos, la simetría consecuencia de la Operación seguirá existiendo, pero con mayor capacidad del propio Grupo Resultante de intervenir con poder de mercado en el suministro pivote. Es decir, se distribuirá dicha capacidad pivotal, pero la



estrategia y los incentivos para la colusión tácita seguirán existiendo precisamente como consecuencia de la simetría adquirida.

Si resulta ser Iberdrola, el Operador dominante en la tecnología clave y, en el índice de suministro pivote, pasaría a ser Iberdrola, seguido muy de lejos por el Nuevo Grupo Resultante; si es otra Empresa distinta de Iberdrola la adquirente de los activos, el Operador dominante en tecnología clave y en el índice de suministro pivote, seguiría siendo IBERDROLA pero seguido de cerca por el Nuevo Grupo resultante. La alternativa, por tanto, es diabólica: un monopolio imperfecto o un duopolio imperfecto.

Endesa estima en su escrito de Alegaciones y en su presentación ante la Audiencia ante esta CNE celebrada con fecha 30 de noviembre de 2005, que el efecto económico de la retirada de ofertas, puede estimarse de forma conservadora en un 10-20% de incremento adicional del precio, esto es, entre 1.100 y 1.200 millones anuales de sobre coste para el conjunto de los consumidores.

Y el efecto económico del incremento de precios en el pool como consecuencia del incremento del precio del gas empleado en la generación eléctrica, podría suponer al menos, entre 1.500 y 2.000 millones adicionales (eliminación del actual contrato de suministro de GAS NATURAL a ENDESA para sus CCGTs (500 millones de euros); Transferencia al mercado eléctrico del poder de mercado de GAS NATURAL en aprovisionamiento de gas (250-750 millones de euros); decisión del MITC de obligar a las centrales de fuel-gas de permanecer en mercado libre lo que las convierte en clientes cautivos de GAS NATURAL (750 millones de euros).

En definitiva, un incremento del 10% en el precio del gas puede provocar una elevación del precio del mercado de generación eléctrica de entre 1 y 3



euros/MWh (entre 250-750 millones de euros), y tras la Operación, el Nuevo Grupo captura alrededor del 38% de este incremento, frente al 3% que hubiera capturado GAS NATURAL antes de la Operación.

Como simple botón de muestra de la nueva situación que se está generando en la dirección de creación de condiciones objetivas que favorecen el ejercicio de poder de mercado por parte de GAS NATURAL, traemos a colación los cálculos facilitados por ENDESA en su escrito de Alegaciones en relación con la cuantificación del efecto de la decisión del MICYT de obligar a las centrales de fuel-gas al suministro en mercado liberalizado.

La razón alegada para justificar la decisión era el supuesto déficit (es más correcto afirmar supuesto sobrecoste o extracoste) generado por estas centrales al consumir suministro regulado de gas (tarifa). Dicho extracoste para el sistema de gas se ha calculado por el MICYT en 37 millones de euros. Sin embargo, la previsión del aumento del coste marginal de dichas plantas como consecuencia del aumento del precio de su suministro de gas en "mercado libre" puede estimarse en 9-10 euros/MWh, dará lugar a un incremento potencial del coste de generación total de 750 millones de euros. Recordemos que de este incremento el Nuevo Grupo capturaría el 38%, frente al 3% (que hubiera capturado GAS NATURAL en la situación actual. En definitiva, ENDESA estima que sin Opa, GAS NATURAL capturaría 30-40 millones de euros de este sobrecoste, por lo que el incentivo para subir el precio del gas y producir el efecto subida en el pool sería limitado. Si se autoriza la Operación, el Nuevo Grupo capturaría alrededor de 400 millones de euros adicionales, por lo que el incentivo de GAS NATURAL para subir el precio de los aprovisionamientos de gas a las centrales de generación sería muy acusado. Y además a este incentivo no se le opone ninguna fuerza competitiva de signo contrario, ya que todos los Agentes que operan en el pool verían incrementado



el precio que cobran por la generación en el pool, independiente del destinatario de las desinversiones que puedan realizarse.

Como puede observarse, la Operación **incrementa sustancialmente el incentivo** del Nuevo Grupo Resultante ejercer su poder de mercado, porque se alinea su estrategia en los mercados relevantes afectados: en el aprovisionamiento de gas.

Vamos a dedicarle a esta cuestión un apartado individualizado.

Antes, citaremos al profesor Dr. Julián Barquín Gil, como integrante de un grupo académico que engloba a los profesores Lars Bergman, de la Escuela de Económicas de Estocolmo (Suecia), Claude Crampes, de la Universidad de Toulouse (Francia), Jean-Michel Glachant, de la universidad Paris XI (Francia), Richard Green, de la Universidad de Birmingham (Reino Unido), Cristian Von Hirschhausen, de la Universidad de Tecnología de Dresden (Alemania), Francois Lévêque, de la Escuela de Minas de París (Francia) y Steven Stoff (Berkeley, EE.UU.). La capacidad de síntesis de la que hizo gala dicho Profesor en dos artículos de opinión recientemente publicados en un diario económico, nos llevará a citarle en varias ocasiones a lo largo de nuestro Voto Particular. El profesor Julián Barquín, sintetizando lo expuesto por el Equipo de Profesores expresado, sintetiza la problemática a la que venimos haciendo referencia de la siguiente manera:

“ Incremento del coste de generación eléctrica. Actualmente, el precio de la electricidad está muy influido por el precio del gas. Es importante notar que no hablamos del precio de la electricidad producida en plantas de gas natural, sino del precio de la electricidad sin más. La razón es que las plantas más baratas (por ejemplo, carbón o nuclear) no cobrarán menos cuando funcionen al mismo tiempo que las de gas, que es durante la mayor parte del mismo. Al fin y al cabo, ¿por qué habrían de hacerlo?, ¿no es su electricidad igual de buena?. Las reglas del mercado peninsular reconocen este hecho, y pagan a todas las



centrales que funcionan en un momento dado la oferta de la más cara de ellas. Y Gas Natural no solamente importa el gas que consumen sus plantas, sino también una parte del de sus competidoras eléctricas. Si sube el precio, compran menos (producirán más con otras centrales), lo que, claro está, es un incentivo para no subirlo. Pero también sube el precio de la electricidad, lo que es un incentivo para hacerlo, especialmente si poseen muchas más plantas que antes. Bueno, ¿y no podrían empezar a comprar las competidoras eléctricas a empresas distintas de Gas Natural? Pues no fácilmente, lo que nos lleva al último punto..."

Y efectivamente es así, tal y como trataremos de argumentar con más detalle en el apartado que se refiere al incremento de los incentivos. Y cómo se producen además una serie de factores adicionales que juegan a favor de que se ejerza por el Nuevo Incumbente su posición de dominio inigualable.

1.6.- El problema derivado de la rigidez en la oferta y la demanda en el mercado de aprovisionamientos- abastecimientos de gas.

Para poder acceder a contratos competitivos de aprovisionamiento de gas los mercados exigen contratos a largo plazo, ya que aún no existe un mercado spot suficientemente líquido y, por ello, los precios a corto resultan excesivamente elevados. Al mismo tiempo, dada la estructura del mercado en España, se considera que para ser competitivo es preciso contar con una escala mínima de entre 4 y 5 BCM/año, equivalente a todo el consumo doméstico nacional (entre un 4% y un 5% del mercado total). Por otro lado, para poder acceder a contratos a largo plazo los productores exigen un volumen mínimo de 1 BCM/año por contrato (150 millones de euros/año durante 20 años. De ello se deduce la necesidad de contar con 4 o 5 contratos de 1 BCM a 20 años cada uno, para diversificar riesgos, lo que supone un compromiso inversor total de entre 12.000 y 15.000 millones de euros.



A la vista de todo lo anterior, es fácilmente comprensible que los riesgos de una inversión tan importante se reducen si existe un correlativo compromiso de compra a largo plazo, estable y fiable. Este compromiso de compra a largo plazo, estable y fiable lo otorga la propia demanda de gas de ENDESA como combustible de sus centrales de ciclo combinado (CCGT). En definitiva, ENDESA es,- y podría ser aún mas-, un potente competidor potencial en el mercado de aprovisionamientos de gas para España, porque su dimensión como demandante de gas le otorgara una cobertura de riesgos que no se da en otros agentes que carecen de dicha demanda de gas comprometida, estable y a largo plazo. El excedente de gas sobre el consumo previsto para las CCGT, permite destinar al mercado minorista de gas un suministro a precios muy competitivos.

El desarrollo de CCGTs en España (4.400 MW entre 2.002 y 2.010) e Italia, y su participación en MEDGAZ permiten a ENDESA competir agresivamente en este mercado minorista de gas, porque le dan dimensión y cobertura de riesgo a sus compromisos de aprovisionamiento. Así desde los 1,4 BCM contratados directamente por ENDESA en el año 2.002, y de los 2.5 BCM contratados en 2.004, se prevé ascender a una contratación de 9,7 BCM en 2.010 (un 20% aproximadamente de la demanda total en España).

GAS NATURAL en la situación creada con el Nuevo Grupo resultante tendrá incentivo para “retirar” la oferta de ENDESA en le mercado de aprovisionamientos-abastecimientos de gas. Y lo tiene por las siguientes razones:

- En el mercado de aprovisionamiento de gas, le interesa el incremento de su margen por la venta de gas, ya que no perdería cuota de



mercado al no encontrar sus clientes de abastecimiento por la rigidez en la oferta existente en la actualidad en ese mercado.

- El incremento de margen por la venta de gas, se traduciría en un aumento del coste marginal de la oferta en los ciclos combinados del Nuevo Grupo Resultante, pero como ya hemos visto anteriormente, la realidad es que es el coste variable el que define la estrategia de oferta por lo que existe margen para incrementar dicho precio sin afectar a la cuota de mercado en mercado mayorista de energía eléctrica.
- El significativo incremento de la capacidad pivotal en generación en el mercado mayorista de electricidad del Nuevo Grupo resultante, que según las alegaciones de ENDESA le permite capturar al Nuevo Grupo el 38% del incremento del precio mercado mayorista diario (pool), frente al 3% actual, actuaría así mismo alineado con la estrategia anterior, al tener incentivo para provocar el incremento del precio en el pool mediante la "retirada" de alguna central que aporte la capacidad pivotal. El efecto sería una reducción de la capacidad disponible de oferta a ese nivel de precio de la tecnología retirada lo que permitiría casar precio a la siguiente tecnología mas cara, lo que a su vez elevaría el precio abonado a la totalidad de los Agentes que hubieran ofertado por debajo de ese precio.
- Al mismo tiempo el incentivo se alinea también con la estrategia en el mercado de aprovisionamiento de gas, ya que el gas "ahorrado" en combustible no usado en la central de generación de ciclo combinado que se ha retirado de la oferta en generación eléctrica, permite un "excedente" de oferta de gas en el balance total de existencias de gas, con el que puede jugarse para actuar con ventaja competitiva



en el mercado minorista de gas minoristas de gas, o incluso para la exportación a otros mercados distintos al español. , tras la última reforma regulatoria ITC/103/2.005 de 28 de Enero.

A juicio de este Consejero, no sólo el resto de los agentes eléctricos no tienen incentivo alguno para oponerse a esta estrategia, sino que el segundo de ellos, IBERDROLA se encuentra en una situación de mix en generación eléctrica y posición en mercados de aprovisionamiento de gas y de minorista de gas, bastante simétrica en cuanto al aprovechamiento de los incrementos del precio en el mayorista de electricidad, aunque no reciba los activos previstos en las desinversiones. Lo mismo cabe decir del resto de los Agentes, que verán reforzada esa simetría estratégica con las condiciones impuestas por el Voto mayoritario, que lejos de remediar la situación que venimos describiendo, la potencian y consolidan, y empeoran.

Así, sí el remedio “ofrecido” por GAS NATURAL de desinversiones que serían adquiridos por IBERDROLA hubiera potenciado el duopolio imperfecto, las medidas acordadas de prohibición de venta de dichos activos de generación a IBERDROLA, empeoran la situación por que dan lugar imperfecto , sin posibilidad de contestación.

Este incremento sustancial del incentivo para ejercer poder de mercado se verá potenciado en los próximos años al aumentar la capacidad instalada de CCGTs en el sistema y **se producirá independientemente de las desinversiones que se realicen y de cual sea el Agente que adquiere los activos desinvertidos, ya que tiene su origen en la pérdida de la asimetría del “maverik” GAS NATURAL con respecto a sus competidores eléctricas y en el correspondiente “alineamiento” tácito de las estrategias de los demas agentes en el sector ante la nueva situación de monopolio imperfecto.**



Esta situación produce efectos preocupantes en los mercados relevantes analizados, como hemos visto, pero produce un efecto aún más pernicioso: **desbarata el actual diseño regulatorio, vigente desde 1.997 y 1.998, y le despoja de la principal herramienta estratégica** con la que el Legislador dotó al modelo para hacer posible la apertura gradual desde situaciones de monopolio a situaciones de libre mercado que se viene denominando como “proceso de liberalización”.

1.7.- Aumento de la simetría entre los dos duopolistas (Grupo Resultante e Iberdrola) lo que reduce los incentivos de estos dos operadores dominantes para competir.

Efectivamente, tal y como reconoce GAS NATURAL en la Audiencia de 30 de Noviembre, la Operación busca por parte de Gas Natural el desarrollo de una estrategia que le otorgue una mayor simetría con los operadores eléctricos en el mix de tecnologías de generación, en la estructura de ingresos y en cuotas de mercado. Pero esta estrategia, lógica desde la perspectiva empresarial de GAS NATURAL, reducirá los incentivos para competir de los dos operadores dominantes. -el Nuevo Grupo e Iberdrola-, en un mercado que ha sido valorado reiteradamente como proclive a la colusión tácita.

En este sentido la simetría se consigue con respecto al otro incumbente, IBERDROLA, tanto en los factores que refuerzan la posición de dominio individual, como en los factores que refuerzan la posición de dominio colectiva.

Así, desde la perspectiva de la posición de dominio individual, la Operación otorga una clara simetría y uniformidad a la posición del Nuevo Grupo y de Iberdrola en la fijación de precios en horas valle/llano al igualar sus posiciones



en generación con centrales de carbón y CCGTs. La simetría aumenta la probabilidad de colusión tácita ya que el precio óptimo en un duopolio depende del coste marginal de producción de cada agente oligopolista, y si los costes marginales son diferentes en cada oligopolista será difícil que puedan alcanzar un precio de equilibrio que maximice las rentas de ambos, ya que el productor con coste marginal bajo o con capacidad excedente tendrá incentivo para romper el equilibrio y producir más. Pero si el coste marginal de producción es el mismo, las posibilidades de encontrar un precio de equilibrio que beneficie a ambos maximizando su margen serán mucho mayores.

Además de lo anterior, de llevarse a cabo las desinversiones previstas también se produce una simetría en las posiciones en actividades reguladas, en cuestiones como la situación de los CTC,s, las emisiones de CO₂, las instalaciones de régimen especial, o los regimenes extrapeninsulares, lo que provocará una mayor dificultad para el regulador para encontrar puntos de equilibrio entre posiciones competitivas distantes, -por ausencia de éstas- y previsiblemente se traducirá en un mayor coste de esta actividades reguladas.

Tras la Operación, y como consecuencia de la simetría adquirida respecto a las demás Compañías eléctricas, como nueva incumbente del sector eléctrico, desaparecerían los incentivos para competir que se han expuesto en el apartado anterior y se transformarían en incentivos para obtener la máxima renta posible a la posición de incumbente, en un mercado muy proclive a la colusión tácita.

Citaba ENDESA en sus Alegaciones, como prueba concreta y tangible de ese menor interés, que en su notificación al Servicio de Defensa de la Competencia GAS NATURAL comunica un plan de ampliación de capacidad para el Grupo Resultante que resulta ser inferior a la suma de los planes de GAS NATURAL y



ENDESA por separado.⁴ Aunque el Voto Mayoritario impone como Condición la obligación de realización de esa inversión, no va a tener efecto de remedio alguno más que desde el punto de vista paliar parcialmente el empeoramiento de los índices de concentración horizontal.

Y es que el “remedio” que ofrecía GAS NATURAL al proponer la venta de activos de generación a IBERDROLA, era la última posibilidad de encontrar alguna posibilidad de contestación al Nuevo Grupo resultante, por parte del otro duopolista. Con todos los riesgos de colusión tácita citados, al menos existía la posibilidad de competencia, sin embargo los remedios que propone el Voto Mayoritario, eliminan esa última posibilidad de contestación al Nuevo Grupo resultante.

Al desaparecer el “maverik” y convertirse en el nuevo incumbente, simétrico a los demás, pero más poderoso, desaparece el principal elemento competitivo que estaba conteniendo los comportamientos colusorios tácitos en el sector y se pierde la principal esperanza de transformación estructural de dicho mercado para los próximos años.

No hay remedio ni condición alguna que pueda reparar esta pérdida, esta neutralización de una de las piezas estratégicas claves (quizá la única efectiva hasta ahora) en el diseño regulatorio que preveía una transición gradual del Marco Legal Estable a mercados eléctricos y gasistas abiertos a la competencia. Si la Operación es autorizada, el escenario será incluso peor que el existente en el punto de partida en el año 1.997, porque no sólo se habrán malogrado los avances experimentados hasta ahora, sino que se **puede perderse la credibilidad del proceso en un momento en el que**

⁴ Aunque el Voto Mayoritario impone como Condición la obligación de realización de esa inversión, no va a tener efecto de remedio al efecto conglomeral y sólo puede paliar parcialmente el empeoramiento de los índices HHI de concentración horizontal, como comentaremos en el correspondiente apartado.



algunas voces pretenden negar la viabilidad de la liberalización de los mercados eléctricos y la realidad de un mercado eléctrico europeo. El efecto dominó sobre las decisiones regulatorias que puedan adoptarse en los próximos meses en otros países de nuestro entorno, puede acabar extendiendo el aborto al conjunto del proceso de liberalización y de integración de los mercados nacionales del ámbito comunitario, y todo ello se agrava autorizando la operación pero prohibiendo la venta de activos de generación al segundo operador, como acabamos de exponer, ya que se elimina así la última posibilidad de contestación con el Nuevo superincumbente.

1.8. Eliminación del único competidor “maverik” (GAS NATURAL) en el sector eléctrico.

Decíamos en apartados anteriores como el punto de apoyo en el que se asienta el modelo regulatorio vigente para avanzar en una gradual pero firme proceso de liberalización se concretaba en dos fuerzas competitivas de dirección enfrentada entre ellas: el generador eléctrico con plantas de ciclo combinado para entrar en el sector del gas y suministrar a clientes minoristas, con el excedente de combustible de gas de sus plantas de ciclo combinado. La compañía del sector del gas para entrar en generación eléctrica construyendo ciclos combinados, suministrados por gas excedentario de sus aprovisionamientos para sus mercados mayorista y minorista de gas. En el primer caso, la compañía eléctrica que actúa como nuevo entrante en el sector del gas, recibe la denominación en derecho de la competencia como “díscolo” o “maverik firm”, porque escapa a los parámetros simétricos de estrategia competitiva de los agentes eléctricos “ordinarios” o tradicionales. Y a la inversa el generador eléctrico que actúa como nuevo entrante de gas, actué en este último sector como “díscolo” o “maverik firm” al escapar a la simetría de estrategias competitivas de las Compañías ordinarias o tradicionales en el sector.



Pues bien, como vamos a ver a continuación, la operación de concentración analizada anula por completo la dinámica competitiva descrita, al desaparecer el maverik del sector eléctrico que venía abriendo hueco hasta ahora en dicho sector. Y decimos que desaparece porque pasa a convertirse en el mayor incumbente eléctrico, al tiempo que sigue conservando su posición de incumbente en sector del gas, y esto es así aunque niegue GAS NATURAL efecto alguno en el mercado mayorista como consecuencia de la integración vertical en el nuevo Grupo de los sectores de gas y electricidad. Mantiene dicha Compañía que serán liberados para otros usos los tres BCMs destinados a atender al suministro de 1.200 MW generados por ciclos combinados previsto por ENDESA que ya no se construirán por el nuevo Grupo, al considerarse suficientes, los 2.000 MW previstos por la propia GAS NATURAL . Asimismo GAS NATURAL ofrecerá a EDP HidroCantábrico (con 400 MW) y a ELECTRABEL SUEZ (con 800 MW) la posibilidad de cancelar los contratos de suministro sin penalización, ya que tienen capacidad de aprovisionamiento propio. Y como consecuencia de dicha situación estima GAS NATURAL que el Grupo Resultante carecerá de poder de mercado en la fijación de precios del pool eléctrico al no alterar sustancialmente la situación de partida de cada una de las dos compañías por separado.

Sin embargo, en opinión del Consejero que suscribe, la alteración existe y es de suma importancia porque su génesis y explicación no procede de variables cuantitativas o de cuotas de mercado, sino de factores cualitativos como son la alteración de la estructura del mercado de generación mayorista y de su mix de tecnologías de generación, derivando del actual modelo de duopolio imperfecto en transición hacia la competencia efectiva hacia un modelo de monopolio imperfecto en transición hacia un nuevo marco legal estable que acabaría siendo reclamado por los consumidores como el mal menor de la nueva situación creada.



Además de lo anterior, la Operación crearía un Operador dominante en la tecnología clave de los CCGTs, que es la tecnología de generación con más capacidad de contestabilidad en el mercado mayorista eléctrico, y la que ha conocido una mayor expansión en los últimos años. Y ello es así, sea cual sea el comprador de los activos que GAS NATURAL propone para la desinversión.

Tal y como argumenta ENDESA en su escrito de alegaciones, y con mayor detalle en su comparecencia en audiencia pública celebrada ante esta CNE con fecha 30 de Noviembre de 2.005, Gas Natural es la Compañía que más ha crecido en el mercado de generación eléctrica en los últimos años, tanto en términos absolutos como relativos. Es el nuevo entrante más importante, el que estamos denominando "maverik" del sector eléctrico. Y ello es así, -además de por el acierto empresarial de sus gestores-, por una serie de condiciones objetivas que han empujado a GAS NATURAL a crecer en dicha dirección:

- Incentivos para competir agresivamente en el mercado mayorista de generación eléctrica, ya que pierde margen si no casa su oferta, al carecer de centrales de base (que casan siempre en el mercado, independientemente del precio, por su tipología de generación: nuclear e hidráulica, fundamentalmente).
- Flexibilidad para ampliar su posición generación (contestabilidad) debido a su elevada disponibilidad de aprovisionamientos de gas y el reducido plazo preciso para la puesta en marcha de una instalación (comparativamente con otras instalaciones de generación).
- Necesidad de cubrir una posición larga en generación para aprovechar los excedentes de sus aprovisionamientos de gas, que deben ser a largo plazo para ser competitivos.



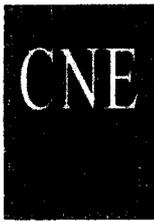
- Necesidad de ser agresivo en la oferta de suministro eléctrico a cliente final, precisamente para cubrir su necesidad de posición larga en generación.
- Distinta posición regulatoria: no tiene CTCs (efecto posición sobre su revisión o no), carbón (efecto posición sobre Kyoto), hidráulica o nuclear (efecto posición sobre reformas del mercado mayorista, como los contratos “regulados” y otras propuestas del Libro Blanco, contratos virtuales, etc...)
- Incumbente en sector del gas, en el que va perdiendo cuota de mercado a favor de nuevos entrantes que resultan ser principalmente las Compañías eléctricas.



En definitiva, existe una clara asimetría entre GAS NATURAL y el resto de las compañías eléctricas, que se ha traducido en un elevado interés por parte de GAS NATURAL en crecer en el negocio de generación eléctrica por si misma, y que dificulta la colusión tácita en el sector, como consecuencia de la existencia de un “maverik” con posición sólida suficiente y al que no conviene una estrategia de efectos coordinados con el resto de los agentes.

Así el 45% de la nueva capacidad instalada por nuevos entrantes entre 1.997 y 2.005 ha correspondido a GAS NATURAL. Y el 50% de la capacidad actualmente en construcción de los nuevos entrantes, corresponde a GAS NATURAL.

Por otro lado, para el periodo 2.005-2.010 esta prevista la instalación de nueva capacidad de 19.085 MW de los cuales el 19% corresponden a GAS NATURAL. Pero si se descuentan los 6.249 MW de cierres previstos de



centrales de carbón y fuel-gas, -ninguno de ellos propiedad de GAS NATURAL-, la capacidad nueva neta instalada en el periodo ascenderá a 12.836 MW, de los cuales el 28% corresponden a GAS NATURAL.

1.9.- Eliminación del maverik en el sector del gas que además era el de mayor potencial de crecimiento (ENDESA).

1.9.1.- El efecto de la desaparición de ENDESA como agente independiente demandante de gas.

Traemos aquí los cuadros de la Propuesta Original que permiten la comparación de cuotas de forma homogénea según cual sea la hipótesis considerada, y que figuran en las paginas 131 y 132 de la Propuesta Original .

A continuación se calculan las cuotas de los distintos grupos empresariales y los índices de concentración del mercado de aprovisionamientos de gas natural, bajo dos hipótesis alternativas:



Primera hipótesis. Este cálculo implica que, si el agente que opera en España vende en el mercado internacional a otro agente que opera en España, todo el gas se imputa al primero de ellos. Las cuotas resultantes de aplicar este método a los grupos empresariales de los cuadros 48 y cuadro 49, se muestran en el cuadro 50

Cuadro 50. Cuotas de aprovisionamiento al mercado español por grupo empresarial (primera hipótesis)

Grupo empresarial	Cuota incluyendo autoconsumos		Cuota excluyendo autoconsumos	
	Año 2003	Año 2004	Año 2003	Año 2004
Grupo Gas Natural	80,5%	70,3%	82,6%	74,5%
Iberdrola	6,1%	8,3%	3,1%	3,5%
BP	5,2%	5,7%	5,5%	6,4%
Unión Fenosa	0,1%	4,2%	0,1%	2,7%
CEPSA	4,1%	3,8%	4,4%	4,3%
Endesa	0,9%	3,2%	1,0%	3,6%
Grupo Naturgas	2,0%	3,3%	2,2%	3,6%
Shell	1,0%	0,6%	1,1%	0,6%
Gas de France		0,6%		0,7%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
C1	80,5%	70,3%	82,6%	74,5%
C2	86,6%	78,5%	88,1%	80,8%
C3	91,8%	84,3%	92,5%	85,1%
C4	95,9%	88,4%	95,7%	88,8%
HHI	6571,8	5091,2	6887,6	5649,7

Fuente: CNE



2. Segunda hipótesis. Este supuesto implica que, si el agente que opera en España vende en el mercado internacional a otro agente que opera en España, esta venta se descuenta al aprovisionamiento del primero.

Cuadro 41 Cuotas de aprovisionamiento al mercado español por grupo empresarial (segunda hipótesis)

Grupo empresarial	Cuota incluyendo autoconsumos		Cuota excluyendo autoconsumos	
	Año 2003	Año 2004	Año 2003	Año 2004
Grupo Gas Natural	68,6%	61,9%	69,9%	65,1%
Iberdrola	8,5%	10,9%	5,7%	6,5%
BP	7,5%	5,7%	8,0%	6,4%
Unión Fenosa	2,0%	4,2%	2,2%	2,7%
CEPSA	4,1%	3,8%	4,4%	4,3%
BBE	0,8%	3,3%	0,8%	3,7%
Endesa	2,7%	3,2%	2,8%	3,6%
Grupo Naturgas	3,1%	3,9%	3,3%	4,3%
Shell	2,6%	2,4%	2,8%	2,7%
Gas de France		0,6%		0,6%
Edison	0,0%		0,0%	
Incogas		0,1%		0,1%
Total	100,0%	100,0%	100,0%	100,0%
C1	68,6%	61,9%	69,9%	65,1%
C2	77,1%	72,8%	77,9%	71,6%
C3	84,6%	78,5%	83,6%	78,0%
C4	88,8%	82,7%	88,0%	82,3%
HHI	4882,9	4055,2	5037,4	4401,3

Fuente: CNE

Bajo ambas hipótesis se constata la participación tan significativa del Grupo GAS NATURAL en los aprovisionamientos en España y, correspondientemente, los elevados niveles de los índices de concentración, que se sitúan muy por encima de los niveles de concentración del mercado eléctrico (en este último el HHI es inferior a 2000 en la actualidad y no supera



el valor de 2500 como consecuencia de la operación). Sin embargo, la primera hipótesis de cálculo refleja de forma más adecuada la posición de un grupo empresarial en aprovisionamiento, mientras la segunda es más cercana a reflejar las cuotas en el mercado de comercialización, siendo la principal diferencia respecto a aquella la cantidad de gas de la que es responsable ENAGAS para el suministro a tarifa, que entra en la cuota del grupo GAS NATURAL”.

Y entiende este Consejero que lo que no procede es el calculo realizado en la Resolución en la pagina 129 (Cuadro 50 de la Resolución, ya que se basa en diferenciar la cuota de aprovisionamiento de ENAGAS de la del Grupo GAS NATURAL.

En este sentido el Informe de Asesoría Jurídica de fecha 12 de diciembre de 2005 que se refería sobre esta cuestión a lo dispuesto “...debe tenerse en cuenta que el artículo 61 de la Ley del Sector de Hidrocarburos, en su redacción dada por el artículo 7.4 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, dispone que, “a partir del 1 de enero del año 2.003, ningún sujeto o sujetos pertenecientes a un mismo grupo de empresas de acuerdo con el artículo 42 del Código de Comercio que actúen en el sector del gas natural podrán aportar en su conjunto gas natural para su consumo en España en una cuantía superior al 70% del consumo nacional”. Dicho porcentaje podrá ser variado por el Gobierno, mediante Real Decreto, en función de la evolución y de la estructura empresarial del sector, según dispone el apartado 4 del mismo artículo.” (El subrayado pertenece al original)

El referido art. 42 del Código de Comercio establece lo siguiente:

“1.Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma



prevista en esta sección. En aquellos grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante, esta obligación recaerá en la sociedad de mayor activo en la fecha de primera consolidación.

Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones:

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d. Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.*

A estos efectos, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

2. Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de



administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.

3. La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico.

4. La sociedad dominante deberá incluir en sus cuentas consolidadas no sólo a las sociedades por ella directamente dominadas, sino también a las sucesivamente dominadas por éstas, cualquiera que sea el lugar del domicilio social de ellas.

5. La Junta general de la sociedad dominante designará a los auditores de cuentas que habrán de controlar las cuentas anuales y el informe de gestión del grupo. Los auditores verificarán la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales consolidadas.

6. Las cuentas consolidadas habrán de someterse a la aprobación de la Junta general ordinaria de la sociedad dominante simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los accionistas de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad dominante los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de gestión del grupo y del informe de los auditores de cuentas en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas.

7. Lo dispuesto en la presente Sección será de aplicación a los casos en que voluntariamente cualquier persona física o jurídica dominante formule o publique cuentas consolidadas. Igualmente se aplicarán estas normas, en cuanto sea posible, a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o Jurídica distinta de las contempladas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo."



Pero la cuestión que se está debatiendo no es que ENAGAS deba presentar unas cuentas consolidadas como grupo, ni tampoco se está analizando si el grupo GAS NATURAL supera el límite legal del 70% referido en el artículo 61 de la Ley del Sector de Hidrocarburos. Dicho límite legal se estableció en el año 1998 para una situación de competencia que no contemplaba la existencia de ningún grupo empresarial con efecto de conglomerado, con efecto de integración vertical heterogénea, como así se da en la operación de concentración que ahora estamos analizando. Y para realizar el análisis correctamente deben computarse las cuotas reales que permiten ejercer posición de dominio con la nueva situación. En definitiva lo que se está discutiendo es que a efectos del análisis que estamos realizando ahora, el gas que se suministra a "ENAGAS", por parte del Grupo GAS NATURAL no puede considerarse en ningún caso ajeno a GAS NATURAL a efectos de la cuantificación de su cuota en el mercado de aprovisionamiento- abastecimiento de gas español. Porque si así fuera, lo que procedería hacer es descontar la cuota de ENAGAS del conjunto del mercado y no computarla, ya que su suministro se dedica exclusivamente al suministro a tarifa.

Por lo tanto tampoco es exacto afirmar como se hace en la Resolución (Pag. 263) que "...Considerando que los ciclos existentes de ambas empresas ya se abastecen de GAS NATURAL no puede concluirse que la operación implique una sustracción de la demanda existente de estos ciclos a otros aprovisionadores de gas. De hecho la cuota del nuevo grupo en la comercialización de gas a centrales de generación eléctrica se mantendría igual a la actual de GAS NATURAL, 48,2%".

La explicación induce a la confusión, tal y como se acredita con lo que hemos dicho anteriormente. Como resultado de la operación, el Grupo GAS NATURAL reforzaría su actual posición de dominio en el mercado de los aprovisionamientos a España, integrando en su cartera los contratos de



aprovisionamiento del Grupo ENDESA, -no sólo los actuales sino los que hubiera gestionado en el futuro de haber seguido como Compañía independiente, como luego comentaremos-, con lo que pasaría a ostentar unas cuotas para el año 2004 en los aprovisionamientos incluidos autoconsumos de 70,3% a 73,5%, y excluyendo los autoconsumos de 74,5% a 76,8%.

Estas cuotas están muy por encima de los umbrales considerados por las "Directrices sobre evaluación de las concentraciones horizontales de la Unión Europea" y arrojan unos ratios extraordinariamente elevados y son prueba suficiente de la existencia de una posición dominante. En este sentido, opiniones de la propia Comisión Europea o de esta CNE en la que se asigna a GAS NATURAL una cuota menor en dicho mercado, han de ser explicadas teniendo en cuenta que en dichos cálculos no se computaba el volumen de gas no destinado a mercado, es decir, el suministro a tarifa. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, debe considerarse también dicho volumen porque analizaremos la posición de dominio como demandante de gas, por sus elevados volúmenes demandados, lo que le permite acceder a precios muy competitivos en los mercados internacionales, y ha de tenerse en cuenta también, el efecto de los excedentes del gas del Magreb destinado a tarifa, como comentaremos al analizar las condiciones impuestas por el Voto Mayoritario.

Lo que si es correcto es lo que sigue afirmando el Voto mayoritario en su Resolución con el siguiente tenor (Pag.263):

"Por otra parte, de cara al futuro, sí se puede afirmar que el nuevo grupo se aseguraría, y por tanto retiraría del mercado, toda la demanda del grupo ENDESA que potencialmente podría haber sido suministrada por otros suministradores en competencia entre sí"(el subrayado es nuestro).



Y en efecto esta es la consecuencia que se produce por la desaparición del maverick firm ENDESA en el mercado de aprovisionamientos de GAS NATURAL

Vamos a comentar brevemente los datos de demanda de gas del grupo ENDESA según los propios datos suministrados por esta compañía:

En el año 2.004 ENDESA tuvo acceso a 2,5 BCM (o kilómetros cúbicos de gas), que se incrementarán a 3,9 BCM en el 2006, 5,8 BCM en el 2008, y 9,7 BCM en el 2010 (un 20% aproximadamente de la demanda).

Por otro lado ENDESA anuncia que sus futuros ciclos combinados CCGTs ya no serán suministrados por GAS NATURAL (4.400 MW entre 2002 y 2010) mas lo que puedan desarrollar en España. Como ya hemos visto en su momento este consumo de los CCGTs es el permite firmar contratos a largo plazo. Y por tanto ningún otro entrante podría replicar a esta posición privilegiada de ENDESA como maverick del sector de aprovisionamiento de gas.

Para poder acceder a contratos competitivos de aprovisionamiento de gas los mercados exigen contratos a largo plazo, ya que aún no existe un mercado spot suficientemente líquido y, por ello, los precios a corto resultan excesivamente elevados. Al mismo tiempo, dada la estructura del mercado en España, se considera que para ser competitivo es preciso contar con una escala mínima de entre 4 y 5 BCM/año, equivalente a todo el consumo doméstico nacional (entre un 4% y un 5% del mercado total). Por otro lado, para poder acceder a contratos a largo plazo los productores exigen un volumen mínimo de 1 BCM/año por contrato (150 millones de euros/año durante 20 años. De ello se deduce la necesidad de contar con 4 o 5 contratos de 1 BCM a 20 años cada uno, para diversificar riesgos, lo que supone un compromiso inversor total de entre 12.000 y 15.000 millones de euros.



A la vista de todo lo anterior, es fácilmente comprensible que los riesgos de una inversión tan importante se reducen si existe un correlativo compromiso de compra a largo plazo, estable y fiable. Este compromiso de compra a largo plazo, estable y fiable lo otorga la propia demanda de gas de ENDESA como combustible de sus centrales de ciclo combinado (CCGT). En definitiva, ENDESA es,- y podría ser aún mas-, un potente competidor potencial en el mercado de aprovisionamientos de gas para España, porque su dimensión como demandante de gas le otorgara una cobertura de riesgos que no se da en otros agentes que carecen de dicha demanda de gas comprometida, estable y a largo plazo. El excedente de gas sobre el consumo previsto para las CCGT, permite destinar al mercado minorista de gas un suministro a precios muy competitivos.

El desarrollo de CCGTs en España (4.400 MW entre 2.002 y 2.010) e Italia, y su participación en MEDGAZ permiten a ENDESA competir agresivamente en este mercado minorista de gas, porque le dan dimensión y cobertura de riesgo a sus compromisos de aprovisionamiento. Así desde los 1,4 BCM contratados directamente por ENDESA en el año 2.002, y de los 2.5 BCM contratados en 2.004, se prevé ascender a una contratación de 9,7 BCM en 2.010 (un 20% aproximadamente de la demanda total en España).

No es posible “reinventar un maverik” en el sector de aprovisionamientos que sea al mismo tiempo el incumbente en el sector eléctrico, lo que le da una posición sólida y estable para competir eficazmente en este mercado de aprovisionamiento de gas.

Por eso es demasiado optimista la referencia que en la Propuesta Original se hacia a la situación del aprovisionamiento en los siguientes términos: “...Como se ha indicado anteriormente, en el mercado de aprovisionamiento de gas



natural existe actualmente una multiplicidad de fuentes de suministro, alternativas a GAS NATURAL. Sin embargo, GAS NATURAL mantiene ventajas competitivas importantes basadas en su *mix* de contratos de aprovisionamiento con respecto a sus competidores. Esta situación, unida al hecho de que GAS NATURAL ya es un suministrador importante de gas a centrales eléctricas, confiere a esta empresa cierta capacidad de incrementar los precios del gas para sus rivales en el mercado eléctrico”.

La cifras que han quedado expuestas anteriormente son suficientemente demostrativas del potencial competitivo del Grupo ENDESA en dicho mercado, y de su decidida voluntad de ejercitar dicho potencial.

Por otro lado, **tampoco es posible remediar la desaparición del agente que estaba haciendo posible y viable un mercado secundario de intercambios de gas** que permitía a los agentes de medio y pequeño tamaño superar las rigideces operativas y logísticas de entrada de gas a España. La medida que se proponía en la Propuesta de Resolución Original y en la Propuesta Modificada de realizar las modificaciones normativas necesarias para crear un mercado diario de gas dentro del propio sistema español, iba destinada a evitar el problema que se creará tras la operación, por esta circunstancia y que **puede llevar a una fuerte eliminación de pequeños y medianos competidores mientras dicho cambio normativo no se concrete y se ponga en marcha, consolidando aún más la posición de dominio del Nuevo Grupo resultante**

En definitiva, ENDESA es en la actualidad uno de los principales compradores y vendedores de gas en España, y sus inversiones en infraestructuras de transporte de gas en España demuestran su compromiso de futuro para constituirse en un Agente competitivo en este mercado, consolidando notablemente su posición con la cobertura de la demanda de sus propios



cobertura de la demanda de sus propios CCGTs tanto en España como en Italia. Esta potente posición competitiva queda acreditada con la circunstancia, reconocida implícitamente por GAS NATURAL en la audiencia, de que ENDESA y otros operadores están comprando en la actualidad gas más barato que el que compra actualmente el dominante GAS NATURAL.

Por todas las razones expuestas cabe concluir que la contestabilidad por parte de otros agentes a la situación creada por la desaparición de ENDESA es prácticamente nula, ya que ningún otro entrante podría replicar esta posición combinada de comprador-vendedor de gas y consolidación de cartera diversificada de contratos a largo plazo que ostenta en la actualidad ENDESA. Y esa falta de contestabilidad no sólo es perniciosa respecto a la situación actual, sino que lo es aún más respecto a la evolución que estaba prevista para el futuro, que queda totalmente alterada y "reestructurada" en perjuicio de la competencia con la creación del nuevo Grupo Resultante.

A mayor abundamiento y, en la hipótesis autorizatoria, la marginación de IBERDROLA en la venta de activos de generación eléctrica, quizás ha eliminado la última posibilidad, -discutible pero real-, de presentar una mínima capacidad de competencia entre el Nuevo Grupo resultante y otro operador. Y ello sin perjuicio de la opinión legal que pueda merecer la posibilidad de pacto colusorio o la prohibición de asistencia financiera.

1.9.2.- El efecto de la desaparición de ENDESA como agente independiente oferente de gas.

El incremento del dominio del mercado de aprovisionamientos desde el lado de la oferta, es negado también por GAS NATURAL con los argumentos ya citados de la existencia de un mercado global con suficiente número de jugadores en los que GAS NATURAL y ENDESA no tienen margen alguno de



actuación por su pequeña dimensión en relación con dicho mercado global. Incluso GAS NATURAL mantiene en su comparecencia en audiencia pública que la flexibilidad que otorga al sistema español el gasoducto del Magreb lo es por su capacidad más que por el precio del gas suministrado, que el gas de Egipto y del Golfo Pérsico es más barato que el del Magreb, que el gas por gasoducto suministrado al mercado italiano resulta ser un 25% más caro que el servido en España y que el coste medio de entrada de GNL en España es el más barato de Europa. Esta ventajosa situación observable en nuestro País, aunque matizable en algunas de sus aseveraciones, es consecuencia de un determinado diseño regulatorio en España. Y resulta obvio decir que si el diseño regulatorio cambia, igualmente puede cambiar dicha ventajosa situación para equiparse a otras menos ventajosas. El cambio de diseño regulatorio se produciría, sin duda, si llegara a autorizarse la Operación analizada en la medida en que llevaría aparejada las siguientes consecuencias:

- Consolidación del Monopolio por gasoducto a favor de GAS NATURAL: la alternativa Medgaz a monopolio actual, quedaría anulada al incorporar el Nuevo Grupo también una participación del 12% a dicho Proyecto (información estratégica sobre precios, clientes, graduación de la mayor o menor celeridad en ponerlo en marcha, etc...).

- Rigidez del sistema español GNL no está en relación tan sólo con la mayor o menor capacidad en las plantas de regasificación del sistema español. La inflexibilidad asociada a la elevada proporción de GNL y a la programación de las descargas en puerto y a la falta de capacidad de inyección de los abastecimientos, obliga a programar de forma muy ajustada la demanda e inyección de gas al sistema. Esta situación tiene un efecto reducido en el negocio de GAS NATURAL porque su alto volumen de negocio, combinado con la capacidad de gestión de las fuentes de aprovisionamiento (gasoducto-GNL) le otorgan una flexibilidad logística y operativa intra-grupo de la que carecen el



Comisión

Nacional

de Energía

resto de los Operadores. Estos deben recurrir a acuerdos con otros Operadores de parecida dimensión a ellos, para alcanzar dicha flexibilidad logística y operativa que les permite competir con el dominante, mediante el intercambio de gas entre ellos. La desaparición de ENDESA tendrá un elevado efecto negativo para los agentes medianos y pequeños que perderán un aliado estratégico para minimizar el riesgo operativo implícito en el pequeño tamaño de sus suministros a España y que éstos se produzcan exclusivamente mediante GNL. Esta situación producirá previsiblemente la salida del mercado de algún mediano o pequeño operador, lo que complicará aún la situación de los restantes, reduciéndose progresivamente la liquidez de estos mercados secundarios y sus potenciales efectos beneficiosos para dar contestabilidad a la flexibilidad de la que disfruta el dominante (GAS NATURAL).

En este sentido, la propia GAS NATURAL, tal y como señala ENDESA en su escrito de Alegaciones, reconoce que la capacidad flexible del Sistema está en sus manos en su Presentación "Creación de un grupo energético líder, global e integrado" de 23 de Noviembre de 2.005. Opinión que resulta ratificada por la propia GAS NATURAL en su audiencia pública de 30 de Noviembre en el seno de esta CNE cuando señala como principal ventaja de sus contratos en relación con el gasoducto del Magreb, no tanto el precio del gas, sino la capacidad de flexibilidad que les otorga en el suministro a sus mercados. En el mismo sentido, el nuevo mercado de desvíos regulado en las Normas de Gestión Técnica del Sistema (NGTS) no parece solución suficiente a corto plazo, porque estará controlado y condicionado por la propia posición dominante de GAS NATURAL de forma tal que no habrá un auténtico mercado de desvíos.

- Las características del mercado de abastecimiento internacional: rigidez en la oferta. La dificultad de construir una cartera de abastecimientos como la de Endesa, que permita una cierta contestabilidad al poder de



Comisión

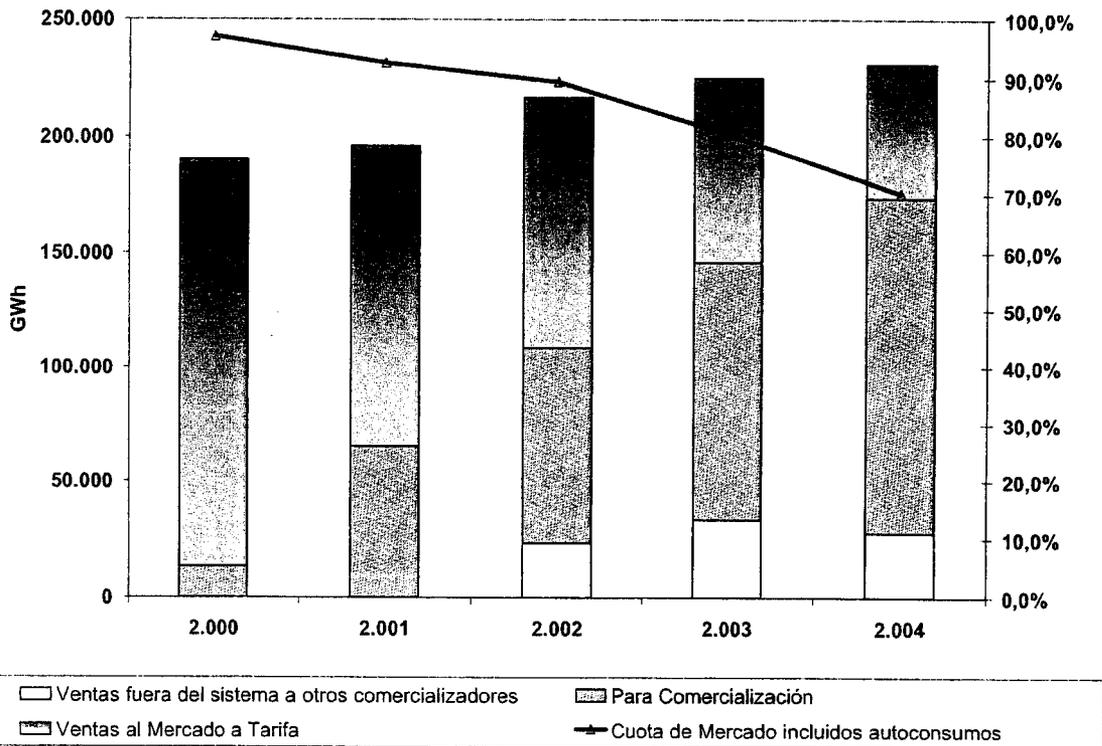
Nacional

de Energía

mercado de Gas Natural, es evidente. Además de los condicionantes relativos a la escala mínima en volumen y plazos que se ha descrito con anterioridad, la oferta presenta una gran rigidez en lo relativo al tiempo necesario para la puesta en marcha de un contrato de aprovisionamiento y para la consolidación de una cartera competitiva de contratos diversificados. Así se estima por la propia ENDESA, -y no se discute por GAS NATURAL-, que el tiempo mínimo estimado para la puesta en marcha de un contrato de aprovisionamiento es de 30 meses y se superan los cinco años para consolidar una cartera de varios contratos de aprovisionamiento competitivos con una adecuada diversificación de riesgos. Por lo tanto, la posibilidad de contestabilidad desde el lado de la oferta por un nuevo Operador para cubrir el "hueco" dejado por ENDESA no será viable hasta dentro de 4 o 5 años, tiempo durante el cual el Grupo Resultante recuperará y disfrutará de una posición de dominio que estaba perdiendo de forma gradual pero nítidamente apreciable desde la aprobación de la Ley de Hidrocarburos de 1.998.

En este sentido el cuadro 52 que obra al folio 131 de la Resolución refleja claramente que aunque en términos de volumen el grupo GAS NATURAL no ha perdido volumen de abastecimiento al sistema español, si se aprecia desde el inicio efectivo de la liberalización en el año 2000, su cuota en dicho mercado ha descendido del 98% a poco mas del 72%:

Cuadro 5 Destino de los aprovisionamientos del Grupo GAS NATURAL (2000-2004)



Fuente: CNE

- Las recientes denuncias del regulador británico sobre la insuficiente fluidez del mercado de aprovisionamiento de gas, -en este caso para denunciar que en España se suministra a precios más bajos de los que pudieran obtenerse con una situación de mayor fluidez en los mercados spot-, aunque puedan resultar discutibles en sus conclusiones si pone de relieve la rigidez actual de la oferta de aprovisionamientos de gas en el entorno europeo (un 90% del mercado se suministra por gasoducto). La demanda real y prevista en EE.UU y China está contribuyendo a la poca fluidez de los mercados spot internacionales, que se muestran incapaces de producir el suficiente GNL (con sus infraestructuras de licuefacción asociadas a ellas) con la celeridad suficiente para atender la creciente demanda internacional, con la consiguiente presión al alza del GNL en la actual coyuntura internacional.



- Esta situación, combinada con la anteriormente expuesta, incrementará el incentivo para el Nuevo Grupo, -y para el resto de los Operadores-, para el desvío de aprovisionamientos desde el mercado español hacia otros mercados, incrementando el riesgo de desabastecimiento que sólo podrá paliarse con nuevos incrementos en las tarifas en el mercado español. Según denuncia ENDESA en su escrito de Alegaciones, la propia GAS NATURAL reconoce su capacidad actual de desviar gas desde España a otros mercados como una “ventaja competitiva” en su presentación “Creación de un grupo energético líder, global e integrado” del 23 de Noviembre de 2.005.

Son varios los factores que han contribuido ha incrementar los riesgos de que tales desvíos puedan llegar a producirse y de que el efectivo poder de mercado se traduzca en un abuso de posición dominante:

- Las medidas que han producido un efecto de “cliente cautivo”:
 - o Vuelta al monopolio en la distribución de gas consecuencia del Decreto 5/2.005.
 - o Clientes industriales de gas desprotegidos por la prohibición de la vuelta a tarifa hasta pasados tres años, introducida por el Real Decreto-Ley 5/2.005 de 11 de Marzo y, en particular, de centrales de fuel-gas que quedarán cautivas del “mercado libre” (GAS NATURAL)



Comisión

Nacional

de Energía

- Las medidas que han producido un efecto de “liberación de oferta” hacia otros mercados distintos del español:
 - o La Orden ITC/103/2.005 de 28 de Enero, que posibilita el trasvase de gas del Sistema español de planta a buque.
 - o Las prescripciones de la Resolución del Ministerio de Industria denominada “Campaña Invernal 2.005 y 2.006”, que limita la obligación de destino preferente del gas del Magreb al consumo de tarifa en España, obligación contenida en el R.D. 6/ 2.000.
 - o El cambio en la metodología del calculo del incremento de las tarifas de gas, consecuencia de la Orden Ministerial que modifica el sistema de calculo del precio de la materia prima que se contenis en la Orden ITC 104/2005, que no penaliza la falta de acierto en las previsiones del volumen necesario para atender la demanda de gas a tarifa en España, al permitir la traslación del sobre coste consecuencia del desacierto en la previsión al conjunto de los consumidores.

Los citados cambios normativos, unidos a la nueva posición de dominio que resultaría para el Nuevo Grupo, arrojan un alto grado de probabilidad de que pudiera producirse desvío de aprovisionamientos hacia otros mercados, ante el mínimo riesgo de pérdida de cuota de mercado del dominante, aunque se alcen los precios para la escasez en el sistema español, salvo que se produjeran nuevas subidas en las tarifas de gas. Es de llamar la atención sobre la circunstancia de que dichas nuevas subidas tarifas de gas, -como las recientemente aprobadas-, no obedecerían a la insuficiencia de la tarifa para cubrir los costes de la actividad de distribución de gas, -insuficiencia que si se da en el sector eléctrico-, sino que como se reconoce en la Memoria



obedecería a un intento de retener vía precio unos aprovisionamientos de gas que pueden alcanzar un alto precio especulativo como consecuencia de la coyuntura actual de los mercados internacionales.

En definitiva, se produciría un trasvase de rentas importante desde los consumidores españoles al Nuevo Grupo resultante, como consecuencia de una coyuntura internacional muy concreta, que viene a agravar la transferencia de rentas que ya se ha producido en los últimos años mediante una tarifa con holgura suficiente sobre dichos mercados cuando los precios eran bajos a nivel internacional, aunque entonces la razón que se alegaba era la necesidad de invertir en la extensión de red de distribución de gas en España.

No volveremos a extendernos aquí sobre la opinión que merece a este Consejero la decisión autorizatoria que en el ejercicio de la función 14ª dictó esta CNE recientemente. Damos por reproducidos los argumentos que empleábamos para concluir que la Operación analizada se basa en la existencia de una transferencia ilegítima de rentas procedentes de patrimonio regulado a favor de la propia GAS NATURAL y de sus accionistas.

Pero baste señalar de nuevo aquí que la transferencia de rentas, como vienen denunciando los representantes de los consumidores grandes y pequeños en los Consejos Consultivos, se puede volver a producir ahora en la misma dirección: desde los consumidores hacia la Compañía incumbente.

En el pasado, fijando tarifas de gas altas desconectadas de los precios internacionales que entonces eran bajos y a los que no se podía llegar por inexistencia de infraestructuras, apelando a la necesidad de invertir dichas rentas en la construcción de redes de gas en España. Ahora, que los precios internacionales son altos y existen infraestructuras que permiten la "exportación" del gas, se recurre a la subida de tarifas para evitar los desvíos a



Comisión

Nacional

de Energía

otros mercados internacionales apelando a las “leyes del mercado”. Entre tanto, la extensión de la red de distribución de gas en España sigue lejos de lo que sería razonable comparado con nuestro entorno europeo.

Pues bien, esa situación se vera agravada porque no es posible reinventar un maverik” en el sector de aprovisionamientos que sea al mismo tiempo el incumbente en el sector eléctrico, lo que le da una posición sólida y estable para competir eficazmente en este mercado de aprovisionamiento de gas.

Las cifras que han quedado expuestas anteriormente son suficientemente demostrativas del potencial competitivo del Grupo ENDESA en dicho mercado, y de su decidida voluntad de ejercitar dicho potencial.

Por otro lado, **tampoco es posible remediar la desaparición del agente que estaba haciendo posible y viable un mercado secundario de intercambios de gas** que permitía a los agentes de medio y pequeño tamaño superar las rigideces operativas y logísticas de entrada de gas a España. La medida que se propone en la Propuesta de Resolución de realizar las modificaciones normativas necesarias para crear un mercado diario de gas dentro del propio sistema español, -además de no ser posible legalmente aprobar la operación condicionándola a cambios normativos-, no va a evitar el problema que se creará tras la operación, y que **puede llevar a una fuerte eliminación de pequeños y medianos competidores mientras dicho cambio normativo no se concrete y se ponga en marcha, consolidando aún más la posición de dominio del Nuevo Grupo resultante**

1.9.3.- Los efectos de la desaparición de dos competidores recíprocos en los mercados minoristas de gas y electricidad.



Comisión
Nacional
de Energía

El Profesor Julián Barquín Gil se refiere a esta cuestión describiéndola de la forma siguiente:

“Eliminación de un competidor en los mercados minoristas de gas y electricidad.- Tanto Endesa como Gas Natural son actualmente compañías de distribución y comercializadoras de electricidad y gas. Y cada una de ellas ya ofrece a sus clientes el producto tradicional de la otra: muchos de ustedes habrán recibido ofertas de gas de Endesa o de electricidad de Gas Natural. Esto lo hacen porque ambas tienen una clientela establecida, una reputación y una oportunidad de ganar dinero vendiendo aquello que no solían. Tras la adquisición, la compañía resultante será, de hecho, suministrador de gas y electricidad (el único en algunos sitios), sometida a una menor presión competitiva. ¿Recuerdan la duda anterior sobre comprar una cocina eléctrica o de gas? Pues, entre otras cosas, de eso se trata...”



En definitiva, de eso trata, siguiendo el ejemplo: de que siga aumentando la tensión competitiva entre las Compañías que prefieren que el consumidor compre cocina a gas y las Compañías que prefieren que compren cocina eléctrica, o, por el contrario, de que sea indiferente para las Compañías, o incluso, que puedan éstas condicionar al consumidor haciendo imposible la alternativa de elección en función exclusivamente del mayor rendimiento o beneficio para la Compañía. Vamos a analizar el problema con más detalle en los siguientes apartados.

Con la Operación se produce la eliminación de los agentes con mayor crecimiento (Endesa en gas y GAS NATURAL en electricidad), que son insustituibles en su posición al ser el incumbente respectivo del otro producto y consecuentemente son los competidores con mayor credibilidad y potencial de crecimiento futuro (alta capacidad de contestabilidad a la evolución de los mercados en los que operan como nuevo entrante).



En su escrito de Alegaciones y en la Audiencia Pública ante esta CNE, ENDESA facilita datos clarificadores sobre esta circunstancia. Así si analizamos los competidores más activos en el periodo de marzo de 2.004 a marzo de 2.005 se observa que ENDESA es el competidor que más aumenta su cuota en el mercado liberalizado minorista de gas, aumentando su cuota en un 3,4%, frente a un incremento de Unión FENOSA del 3,1%, de IBERDROLA de un 1,6% y una disminución de NATURCORP del - 0,9% y de GAS NATURAL del -2,8%.

A la inversa, en el mercado liberalizado minorista de electricidad es GAS NATURAL la que más incrementa su cuota de mercado, en un 3,6%, seguida de ENDESA con un 1,4%, Unión FENOSA, un 0,8%, y con disminuciones de Hidrocantábrico (-0,6%) y de IBERDOLA (-3,2%).



En definitiva, puede observarse que con la Operación se elimina la competencia entre los dos competidores más activos, con clara tendencia a incrementar su agresividad para obtener mayores incrementos de cuota de mercado (a costa del incumbente) en los mercados en los que operan como nuevos entrantes, y desde una posición insustituible como incumbentes en el otro mercado de producto. Y dicho realidad se agrava como consecuencia del solapamiento de redes porque el resto de competidores no van a tener como apoyo la propia estructura de distribución del producto alternativo en la zona y van tener como obstáculo e interferencia no sólo una de las dos de las redes de distribución uno de os dos productos (como podía ocurrir en algunos casos ahora) sino que el obstáculo procederá de las dos redes de ambos productos al pasara estar en la mismas mano ambas.

En definitiva, si ya era difícil realizar ofertas conjuntas de gas y electricidad por las "distorsiones" las dificultades se incrementarán notablemente como consecuencia de la generalización del solapamiento de redes de gas y



electricidad como consecuencia de la operación. Y precisamente las ofertas conjuntas de gas y electricidad están siendo la principal arma competitiva empleada hasta ahora entre los diferentes operadores.

Así, según datos facilitados por la Compañía ENDESA en su escrito de Alegaciones y en su Audiencia ante esta CNE de fecha 30 de Noviembre de 2.005, las ofertas conjuntas de gas y electricidad han sido el instrumento más efectivo para acceder a nuevas cuotas de mercado.

1.10.- La neutralización, mediante la combinación de los efectos anteriores, de la dinámica competitiva que fue tomada en cuenta por el Legislador como motor del cambio gradual hacia una plena apertura de los mercados.

El mercado energético español y el grado de competencia existente no puede considerarse como un fenómeno estático, culminado y consolidado, sino como un proceso gradual que parte de una situación monopolística y que se marca como meta la plena liberalización de dichos mercados y su integración en mercados únicos europeos.

La foto fija del grado de competencia actual en los mercados de gas y electricidad en España permite valoraciones de todo signo, aunque es difícilmente rebatible la conclusión de que el grado de competencia es todavía muy mejorable. Las causas últimas que pueden explicar el aun insuficiente desarrollo de la competencia en dichos mercados son también muy variadas y opinables: la estructura de los mercados y sus antecedentes históricos, la existencia de posiciones de dominio, la existencia de tarifas que compiten contra el mercado, la insuficiente actuación supervisora y sancionadora de los órganos reguladores, las deficiencias observadas en el propio modelo regulatorio, nuestras insuficientes conexiones eléctricas internacionales e,



incluso, las propias peculiaridades del mercado eléctrico y gasista, que los hacen diferentes a cualquier otro tipo de mercado competitivo.

Pero, por encima de todas las causas anteriores, quizás la cuestión pueda resumirse en una sola: el mercado eléctrico español y el mercado gasista español son objetivos aún por alcanzar, son metas, son procesos aún en marcha que tienen su origen o punto de partida en fechas que pueden considerarse recientes:

- Los pilares legislativos básicos del modelo se articulan durante los años 1.997, 1.998 y 1.999.
- La posibilidad de elección comienza producirse de forma efectiva el 1 de Enero del 2.000, y ya sin limitaciones por parte de todos los consumidores sólo se produce a partir del 1 de Enero de 2.003, es decir, no han transcurrido escasamente tres años.
- Medidas coyunturales en el mercado de abastecimiento de gas, como la subasta del 25% del gas del Contrato del Magreb, han estado vigentes hasta el 1 de Enero de 2.004.
- La capacidad del sistema, tanto eléctrico como gasista, ha bordeado los límites debido al espectacular crecimiento de la demanda y el insuficiente ritmo de crecimiento de las infraestructuras necesarias para hacerla frente, hasta prácticamente el pasado año 2.004.
- La existencia de concesiones en régimen de monopolio en la distribución de gas ha permanecido vigente hasta el 1 de Enero de 2.005.



Comisión
Nacional
de Energía

A pesar del escaso tiempo transcurrido y de las dificultades expresadas, el proceso de liberalización ha conseguido avances importantes, si se compara el grado de desarrollo de la competencia en España en los mercados de gas y electricidad con la situación existente en otros países de la Unión Europea. Así puede llegar a concluirse que el ritmo de liberalización en nuestro País es considerablemente superior a la gran mayoría de los países del ámbito comunitario. Así lo expresó el representante del Gobierno, en la última reunión del Consejo Consultivo de Hidrocarburos celebrada con fecha 19 de diciembre de 2005, a propósito de las OO.MM sobre las tarifas del año 2006.

Por lo tanto **cualquier análisis de la operación debe ser considerado desde esa perspectiva dinámica y no estática**, que se ha dado en llamar "proceso de liberalización". Dicho de otro modo: debe analizarse si la Operación intensifica y potencia los elementos del modelo español en los que hasta ahora se ha asentado el crecimiento de la apertura a la competencia en los mercados energéticos nacionales o si, por el contrario, la Operación intensifica y potencia los elementos del modelo que han ofrecido mayor resistencia al proceso de liberalización.

Y, tal y como ya hemos venido avanzando por lo expuesto hasta ahora, la operación produce un efecto totalmente neutralizador de los factores que han empujado hasta ahora el proceso de liberalización en España.

Los efectos anticompetitivos detectados son aun de mayor intensidad y de mayor dificultad para imponerles remedio por la vía de las condiciones, porque deterioran los pilares esenciales sobre los que se ha asentado el modelo de la liberalización energética en España.

Hemos visto como la operación genera una situación novedosa en cuanto a la aparición de un gran incumbente con un alto grado de integración



heterogénea (efecto conglomeral) que resulta inigualable por otros agentes, hemos visto que desaparece el único maverik del sector eléctrico (también irremplazable, por sus especiales características de ser el incumbente en el otro sector), hemos visto que desaparece el maverik con mayor potencial de crecimiento en el sector del gas (también irremplazable por ser el incumbente en el otro sector) y hemos visto como en definitiva la nueva situación neutralizaría la dinámica competitiva que es motor del cambio en actual modelo regulatorio.

A la vista de todo lo expuesto hasta ahora, cabe realizar ya un primer avance de conclusiones sobre la operación que estamos analizando.

1.11.- Resumen de los efectos anticompetitivos por efecto conglomeral en el mercado mayorista de gas (aprovisionamientos-abastecimientos de gas al sistema) y en el mayorista de electricidad (mercado de generación eléctrica). Avance de unas primeras conclusiones.

1.11..1. Respecto al mercado mayorista de electricidad.

Se destacan los siguientes efectos negativos:

- Desaparición del único "maverik" (GAS NATURAL) con estrategia asimétrica respecto al resto de agentes eléctricos e irremplazable por su posición de incumbente en el sector del gas.
- Capacidad e incentivo para elevar el precio en el mercado mayorista, retirando oferta de CCGTs.



- Incremento de la posición de dominio como único Agente con capacidad pivotal.
- Simetría de mix de tecnologías de generación, que no incentivará al resto de los agentes a establecer estrategias no alineadas con la del único incumbente (el NUEVO GRUPO RESULTANTE).
- Alineamiento de la estrategia del Nuevo Grupo en sus mercados de generación eléctrica con sus mercados de aprovisionamiento-abastecimiento de gas y minoristas de gas y electricidad.

1.11.2. Respecto a los abastecimientos-aprovisionamientos de gas.

En resumen, cabe apreciar los siguientes efectos anticompetitivos en relación con el mercado relevante de aprovisionamiento de gas:

- Desaparición del “maverik” (ENDESA) en el mercado analizado, también irremplazable, porque sustenta su sólida posición y proyección en el sector de aprovisionamientos de gas en la dimensión de su volumen de demanda y en la cobertura del riesgo en la oferta que le otorga su propio consumo asociado a sus plantas de generación de ciclo combinado (CCGT). Se elimina así no sólo un competidor real actual sino un potente competidor potencial para los próximos años.
- Intenso aumento de la posición de dominio de GAS NATURAL, al no proponer remedio alguno a la situación e integrar en el Grupo Resultante la cartera de aprovisionamientos de ENDESA.



- Menor fluidez en mercados secundarios de gas, como consecuencia de la desaparición de uno de los Agentes (ENDESA) que estaba contribuyendo a la fluidez de dichos mercados. La mayor rigidez en la gestión física y económica de los aprovisionamientos como consecuencia de la menor fluidez de los mercados secundarios, supondrá un incremento de las barreras de entrada y de los costes logísticos para los demás operadores, especialmente los que ostenten menores volúmenes de aprovisionamientos para el mercado español, potenciando la salida de algún operador que había alcanzado posiciones precarias y que en la nueva situación resultarán excesivamente vulnerables, y dificultando la aparición de potenciales nuevos entrantes.
- Como consecuencia de todo lo anterior se producirá un triple efecto igualmente pernicioso:
 - o Presión al alza de los precios en el mercado mayorista de gas, como consecuencia de la rigidez de la demanda de gas combinada con la falta de contestabilidad del resto de operadores por las razones expuestas anteriormente.
 - o Incentivo para el desvío de aprovisionamientos de gas hacia otros mercados diferentes al español hasta conseguir igualar los precios del mercado de nuestro País con los existentes en otros mercados de nuestro entorno más próximo.
 - o Peligro de desabastecimiento en el mercado del gas en España hasta que no se haya conseguido por el incumbente dicha igualación de precios, al encontrar protegida su posición el dominante (NUEVO GRUPO resultante) como consecuencia de la



menor presión competitiva en su propio mercado doméstico y disminuir así su riesgo de pérdida de cuota de mercado.

1.11.3.- Respecto al propio diseño regulatorio vigente.

Los efectos anticompetitivos detectados son aun de mayor intensidad y de mayor dificultad para imponerles remedio por la vía de las condiciones, porque deterioran los pilares esenciales sobre los que se ha asentado el modelo de la liberalización energética en España.

Hemos visto como la operación genera una situación novedosa en cuanto a la aparición de un gran incumbente con un alto grado de integración heterogénea (efecto conglomeral) que resulta inigualable por otros agentes, hemos visto que desaparece el único maverik del sector eléctrico (también irremplazable, por sus especiales características de ser el incumbente en el otro sector), hemos visto que desaparece el maverik con mayor potencial de crecimiento en el sector del gas (también irremplazable por ser el incumbente en el otro sector) y hemos visto como en definitiva la nueva situación neutralizaría las dinámica competitiva que es motor del cambio en actual modelo regulatorio.

Por todo ello, no es posible reparar los efectos anticompetitivos de la operación sino se alteran los principios inspiradores del modelo regulatorio y se diseña otro motor diferente que impulse la liberalización o se apuesta por una vuelta al marco legal estable. Analizaremos esta cuestión en el Capítulo III. Ahora en el Capítulo II siguiente nos referiremos a otro efecto de importancia en cuanto a su incidencia sobre los mercados minoristas de gas y electricidad. Nos referimos al solapamiento de las redes de distribución de gas y electricidad. Antes avanzaremos unas primeras conclusiones de todo lo expuesto hasta el momento.



Comisión

Nacional

de Energía

1.11.4.- Avance de unas primeras conclusiones.

Los efectos anticompetitivos descritos hasta ahora y producidos por el efecto conglomeral (integración vertical heterogénea) del Nuevo Grupo resultante la operación de concentración analizada no son remediabiles con condiciones.

Los principales efectos anticompetitivos detectados en el examen de los servicios técnicos son muy numerosos y muy intensos. Tan intensos que **se llega a considerar insuficiente el establecimiento de condiciones y se proponen la adopción de una serie de cambios normativos sectoriales.**

Así, en la Propuesta Modificada se añade un Capítulo 10 dedicado exclusivamente a las propuestas de cambio de la legislación sectorial y, previamente, en el Capítulo 9 dedicado a las conclusiones y a las condiciones que se recomiendan, se resume el diagnóstico realizado con expresiones como las siguientes:

“La exposición se realiza de manera sistemática para cada uno de los mercados relevantes anteriormente definidos y examinados, señalando en primer lugar las conclusiones del análisis referido a cada mercado, y en segundo lugar las condiciones y remedios. *En el presente Capítulo 9 se recogen las condiciones a incluir en el Acuerdo del Consejo de Ministros, mientras que en un capítulo aparte, el capítulo 10, se agrupan aquellas recomendaciones de cambios regulatorios que junto con las condiciones, restablecerán el nivel de competencia previo a la operación.*” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la adición realizada tras el Informe de Asesoría Jurídica).



Comisión
Nacional
de Energía

Más adelante se vuelve a insistir en la Propuesta Modificada en la misma idea cuando se afirma textualmente:

“La primera conclusión que cabe anticipar con carácter previo a la exposición detallada de las conclusiones referidas a cada mercado es que esta Comisión considera que la celebración de la operación de concentración examinada en el presente informe podría tener como efecto la obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva, si bien tal efecto podría ser paliado mediante la subordinación de la aprobación de la operación a la observancia de determinadas condiciones, **acompañándolo de modificaciones normativas.**” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la modificación añadida tras el Informe de Asesoría Jurídica)

De la misma forma, más adelante, se sigue diciendo en la referida Propuesta Modificada, lo siguiente:

“En este caso, ante la entidad de la operación (concentración del primer operador en todos los mercados de gas y del primer operador en la casi totalidad de los mercados de electricidad) y la gravedad de los problemas de competencia suscitados, sólo una adecuada elección de condiciones, algunas de carácter estructural, **y modificaciones normativas** puede paliar dichos problemas, pues otro tipo de medidas de comportamiento resultarían manifiestamente insuficientes para tal objetivo.” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la modificación añadida tras el Informe de Asesoría Jurídica)

Y también:



“Atendiendo a lo anterior, a continuación se exponen las conclusiones del análisis de cada mercado y las condiciones **y recomendaciones de modificación normativa (éstas últimas en el Capítulo 10)** necesarias, a juicio de la CNE, para permitir la aprobación de la operación.” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la modificación añadida tras el Informe de Asesoría Jurídica).

Es decir, las opiniones del Informe de Asesoría Jurídica han resultado muy clarificadoras porque han reafirmado a los técnicos firmantes de la Propuesta de Resolución en la tesis de que **las propuestas de modificaciones normativas forman parte integrante e indisoluble del paquete de remedios que proponen para restablecer el nivel de competencia al existente con carácter previo a la operación.**

Por otro lado no hay que olvidar que la intensidad de los problemas detectados para la competencia es muy alta y de ahí el gran número de remedios propuestos y su largo alcance y afectación a la operación. Así lo expresa la Propuesta Original con claridad cuando afirma en la página 323 in fine lo siguiente:

“En este caso, **ante la entidad de la operación** (concentración del primer operador en todos los mercados de gas y del primer operador en la casi totalidad de los mercados de electricidad) **y la gravedad de los problemas de competencia suscitados,** sólo una adecuada elección...”: (El subrayado es nuestro).

Y más adelante continúa diciendo lo siguiente:



“El propósito primordial de sujetar la operación a tales condiciones no es el de imponer condiciones gravosas con el fin de mejorar la situación de competencia con anterioridad a la operación sino solamente restablecer la situación de competencia existente en ese momento **teniendo en cuenta la gravedad de los problemas de competencia que suscita**⁵.”

(El subrayado es nuestro) Pag. 324, Capítulo 9 de CONCLUSIONES Y CONDICIONES de la Propuesta Original.

El perjuicio causado por dicho efectos es aun mayor si se pone en relación con las especiales características del mercado español. En ese sentido vamos a analizar ahora el agravamiento que la situación produce respecto a algunos problemas ya existentes, pero no con la misma intensidad que la que va resultar después de la operación si es finalmente aprobada. Lo vemos en el siguiente apartado.

CAPITULO II. EI SOLAPAMIENTO DE REDES DE DISTRIBUCIÓN DE GAS Y ELECTRICIDAD Y SU EFECTO SOBRE LOS MERCADOS MINORISTAS DE GAS Y ELECTRICIDAD..

La operación se diseña dando lugar a un solapamiento de las redes de distribución de gas y electricidad en la mayoría del territorio nacional, detentando en prácticamente en exclusiva en cada zona territorial un único operador la titularidad de ambas actividades. Ello es consecuencia de la suma de las redes existentes previamente de ENDESA y GAS NATURAL, y del plan de desinversiones propuesto por GAS NATURAL mediante Acuerdo con IBERDROLA, que escoge para la desinversión aquellos activos de distribución que permite dejar en manos de éste último operador, una situación similar de solapamiento de redes de distribución de gas y electricidad en sus zonas territoriales.

⁵ Ello se hace en congruencia con la sentencia de 7 de noviembre de 2005 antes citada.



Esta situación de solapamiento de redes, aunque no totalmente novedosa (ya existe en algunas zonas, pero es una situación excepcional comparada con la situación general) crea problemas adicionales a los ya existentes derivados de la integración vertical de las actividades de distribución y comercialización. Lo comentamos con más detalle en los siguientes apartados.

2.1. La relación entre la distribución y la comercialización: el fenómeno de la fidelización y el actual marco regulatorio.

Por parte de GAS NATURAL SDG se argumenta la existencia de un importante grado de liberalización en el sector del gas en España apelando a la circunstancia de que en la actualidad "sólo" ostente una cuota del 48% del mercado liberalizado y que, a su vez, éste mercado abierto a la competencia alcanza casi el 80% del mercado de gas en España. Pero lo que no se dice con la misma claridad es que la mayoría de los clientes que optan por el mercado libre deciden permanecer fieles al mismo Grupo empresarial que les suministraba anteriormente a tarifa.

Para ilustrar la naturaleza del fenómeno, baste señalar algunas cifras aportadas por las partes y ratificadas por los análisis contenidos en la propia Resolución. En el sector de gas, de ese 80% que se alega ha optado por el mercado libre, los porcentajes de fidelización de GAS NATURAL son muy altos, ya que conserva como clientes su comercializadora en mercado libre al 86% de los clientes que suministraba anteriormente a tarifa su distribuidora. En el caso de ENDESA, su comercializadora de gas ha conseguido conservar sólo al 51% de clientes de gas que suministraba antes a tarifa la distribuidora de gas de ENDESA. Puede observarse, por tanto, que la intensidad del fenómeno de la fidelización en gas no es idéntica en todos los grupos empresariales, lo que evidencia que no es un problema derivado de un inadecuado diseño del marco



normativo vigente, -siempre susceptible de mejora-, sino que están incidiendo otros factores. El promedio de fidelización en el sector del gas en el año 2.004 fue del 86%, por la elevada cuota que tiene GAS NATURAL en la distribución total en España. A Junio de 2.005 existían 1.760.000 clientes suministrados en mercado libre.

Por otro lado, en el sector eléctrico en el año 2.004, los índices de fidelización son algo menores ya que el 80% de los clientes que habían pasado al mercado liberalizado permanecía fiel al Grupo empresarial que le había suministrado hasta entonces a tarifa. Sin embargo, los datos varían si se analiza cada Grupo: así, los incumbentes ENDESA e Iberdrola son los que presentan un mayor grado de fidelización (un 83% y un 85% respectivamente), frente al 79% de Viesgo, el 66% de Hidrocantábrico y el 44% de Unión FENOSA. Estos datos demuestran una vez más que el fenómeno de la fidelización no tiene que ver con un inadecuado diseño del marco regulatorio vigente, -insistimos, que siempre perfectible-, sino con otros factores. En Junio de 2.005, existían 1.970.000 clientes suministrados en mercado libre.

Los factores que están incidiendo en el fenómeno de la fidelización son naturaleza muy variada. Algunas de las razones son legítimas e inevitables, como cuando en la Audiencia de 30 de Noviembre por parte de GAS NATURAL se viene a reconocer la clara relación entre el poder de mercado que está otorgando la posición de distribuidores en cada zona geográfica en que vienen operando para captar a los clientes del mercado la comercializadora del mismo Grupo empresarial, apelando a razones de importancia de la marca, conocimiento del cliente, etc. En otras ocasiones esa "fidelización" se obtiene mediante prácticas ilegítimas y abusivas que inducen a error a los consumidores o les impide hacer efectiva una elección de suministrador de una comercializadora de otros grupo empresarial distinto al de la distribuidora. Esta CNE tiene elaborado un Informe exhaustivo sobre la naturaleza y alcance de



los problemas denunciados por muchos particulares y sobre los incumplimientos de la normativa vigente más frecuentes, por acción o por omisión, por parte de las distribuidoras para “retener” a los clientes dentro de su Grupo empresarial.

Pero a pesar de todo ello y de las dificultades existentes, la situación se observa que mejora claramente en las zonas en las que no existe solapamiento de redes de distribución de gas y electricidad, como vamos a ver en el siguiente apartado.

2.2.- La fidelización es notoriamente menor en los territorios en los que no se produce solapamiento de redes de gas y electricidad bajo titularidad de un mismo grupo empresarial.

A lo anterior se añade el efecto que sobre la fidelización puede producir el solapamiento de redes de distribución eléctricas y de gas en una misma zona geográfica territorial y con régimen de exclusividad zonal (monopolio). De la experiencia que puede extraerse de las situaciones de solapamiento de red actualmente existente en España, cabe extraer algunas interesantes conclusiones. Para ello puede compararse, como hace ENDESA en su presentación en la Audiencia de 30 de Noviembre, la experiencia en un territorio con solapamiento de redes (Aragón) con un territorio con redes separadas (Cataluña).

Con carácter general, se observa que en caso de cambio de proveedor en los que la fidelización no ha tenido efecto, existe una clara preferencia del consumidor por el incumbente del otro producto. Es decir, es el Grupo empresarial incumbente del otro producto distribuido a tarifa en la zona el que tiene más posibilidades de romper la barrera de la fidelización.



Así por ejemplo, en la presentación realizada en la Audiencia ante esta CNE, ENDESA facilita los siguientes datos: en Cataluña (750.000 clientes liberalizados) puede observarse que el 89% de los clientes eléctricos perdidos por ENDESA en distribución a tarifa, han sido captados por la comercializadora eléctrica del incumbente en gas, GAS NATURAL . Y viceversa, el 85% de los clientes de gas perdidos por GAS NATURAL, han sido captados por la comercializadora de gas del incumbente del otro producto en la zona geográfica, esto es, por ENDESA .

Sin embargo, en las zonas en las que existe solapamiento de redes, las cifras se invierten. Analizando la situación existente en Aragón de los datos facilitados por ENDESA resulta que el tamaño del mercado liberalizado en porcentaje de clientes totales es del 16%, a setiembre de 2.005. Y la cuota perdida por ENDESA en mercado eléctrica liberalizado es del 9%.

En conclusión, para ENDESA puede afirmarse que a septiembre de 2.005, en el territorio con solapamiento de redes el tamaño del mercado liberalizado (porcentaje de clientes totales) era del 16%, frente al 19% en el territorio sin solapamiento de redes. Y la cuota perdida por el incumbente eléctrico en el mercado liberalizado de ese territorio, era de tan sólo un 9% en el territorio con solapamiento de red, y de un 28% en el territorio sin solapamiento de red.

En definitiva, en las áreas geográficas en las que hay separación de red de distribución de gas y electricidad (la inmensa mayoría en la actualidad) y con el mismo marco regulatorio para todos se observan dos fenómenos claramente beneficiosos para la competencia efectiva y para la tendencia a superar la barrera de la fidelización: un mayor tamaño del mercado liberalizado y una mayor pérdida de cuota del operador incumbente. Si se aprueba la operación, se dará un cambio al modelo al convertir en general lo que ahora es excepcional (el solapamiento de redes en una misma mano empresarial) y se



neutralizarán los dos efectos anteriormente descritos que son demostrativos de que se puede superar la barrera de la fidelización con el actual marco regulatorio.

Vamos a analizar en el siguiente apartado las alegaciones que achacan al modelo regulatorio actual la naturaleza y alcance del fenómeno de la fidelización.

2.3.- Las causas del fenómeno de la fidelización, sus posibles remedios y el efecto inducido por la operación.

Se arguye por parte de GAS NATURAL que dicha situación de "fidelización" si se debe a una deficiente regulación, lo que procede es corregirlo modificando la regulación pero no impidiendo la Operación. Dicha tesis no puede compartirse por varias razones:

1º.- Porque la operación agrava los problemas existentes con anterioridad a la misma, como ya hemos visto en apartados anteriores, al convertir en situación general lo que hoy es situación excepcional (el solapamiento de redes).

2º.- Porque el mayor grado de contestabilidad a la evidente relación de fidelización entre distribuidor-comercializador del mismo Grupo empresarial esta vinculado al agente que ostenta la condición de distribuidor del fluido competidor al gas como es la electricidad (y viceversa), por lo que la integración de redes de distribución de gas y electricidad, constituye un elemento adicionalmente pernicioso que haría más difícil romper los altos niveles de fidelización comentados.

3º.- Porque el solapamiento de redes de gas y electricidad que se observa en la operación, no es fruto de deficiencia regulatoria alguna, sino soberana



decisión estratégica con la que se ha diseñado la Operación, estrategia legítima pero que choca frontalmente con los principios esenciales inspiradores del actual modelo de liberalización. Así, el plan de desinversiones propuesto podía haberse diseñado desinvirtiendo activos de forma tal que ni el Nuevo Grupo Resultante ni los adquirentes de dichos activos pudieran disfrutar de esa situación de solapamiento de redes de gas y electricidad.

4º.- Porque las posibles mejoras a introducir en la regulación española con carácter general para todos los agentes, como consecuencia de la transposición de la Directiva Comunitarias, son de diferente alcance y naturaleza según cual sea la situación en España. Con una situación de solapamiento de redes generalizada, las modificaciones deberán ser de mayor alcance, mientras que con un modelo como el actualmente vigente (sin solapamiento de redes generalizada), las mejoras pueden corregirse con pequeños ajustes del modelo. Curiosamente entre las condiciones que se proponen por el Voto Mayoritario se incluyen los pequeños ajustes que hubieran sido suficientes con un modelo en el que lo general sea el no solapamiento de redes, pero se suprimen las condiciones que proponían los Servicios Técnicos que eran de mucho mayor alcance y envergadura y mucho más adecuadas a la nueva situación que se crea con la operación analizada.

5º.- Porque, por lo anteriormente expuesto, la aprobación de la operación y su ejecución con carácter previo a las reformas regulatorias que deban producirse en el futuro inmediato, puede y va a condicionar el resultado final del debate y el nuevo enfoque que se dé al marco regulatorio en su conjunto. Entiende este Consejero que es con respecto a la actual situación legal y sobre los efectos reales observados que han quedado descritos en los apartados anteriores, con arreglo a lo que debe valorarse y contrastarse los efectos de la Operación, y no proyectándola sobre un nuevo modelo ideal y teórico de futuro que sería fruto de reformas que no está claro que vayan a adoptarse en el sentido que se



pretende ni está claro el efecto que las mismas pudieran llegar a tener sobre le conjunto del modelo regulatorio y sobre su coherencia interna.

6°.- Porque el fenómeno de la fidelización obedece en última instancia a factores legítimos, objetivos y difícilmente combatibles con medidas regulatorias, como son el efecto marca, la adecuada atención a los clientes, la confianza de estos en la Compañía, etc...Por lo tanto, la mejor forma de superar la barrera de la fidelización es permitir un incremento de la competencia entre operadores. Y según hemos visto en apartados precedentes, la operación produce exactamente lo contrario: menos competidores y por tanto menos competencia.

Como señalamos anteriormente en un apartado precedente, si analizamos los competidores más activos en el periodo de marzo de 2.004 a marzo de 2.005 se observa que ENDESA es el competidor que más aumenta su cuota en el mercado liberalizado minorista de gas, aumentando su cuota en un 3,4%, frente a un incremento de Unión FENOSA del 3,1%, de IBERDROLA de un 1,6% y una disminución de NATURCORP del - 0,9% y de GAS NATURAL del -2,8%.

A la inversa, en el mercado liberalizado minorista de electricidad es GAS NATURAL la que más incrementa su cuota de mercado, en un 3,6%, seguida de ENDESA con un 1,4%, Unión FENOSA, un 0,8%, y con disminuciones de Hidrocantábrico (-0,6%) y de IBERDOLA (-3,2%).

En definitiva, puede observarse que con la Operación se elimina la competencia entre los dos competidores más activos, con clara tendencia a incrementar su agresividad para obtener mayores incrementos de cuota de mercado (a costa del incumbente) en los mercados en los que operan como nuevos entrantes, y desde una posición insustituible como incumbentes en el



otro mercado de producto. Y dicha realidad se agrava como consecuencia del solapamiento de redes porque el resto de competidores no van a tener como apoyo la propia estructura de distribución del producto alternativo en la zona y van a tener como obstáculo e interferencia no sólo una de las dos de las redes de distribución uno de los dos productos (como podía ocurrir en algunos casos ahora) sino que el obstáculo procederá de las dos redes de ambos productos al pasara estar en la mismas mano ambas.

En definitiva, si ya era difícil realizar ofertas conjuntas de gas y electricidad por las "distorsiones" en las que incurre el distribuidor que "pierde al cliente" de suministro a tarifa, dichas distorsiones se incrementarán notablemente como consecuencia de la generalización del solapamiento de redes de gas y electricidad como consecuencia de la operación, ya que habrá que superar no sólo a un distribuidor, sino a los dos alineados en la misma estrategia al ser del mismo grupo empresarial. Y precisamente las ofertas conjuntas de gas y electricidad están siendo la principal arma competitiva empleada hasta ahora entre los diferentes operadores, como veremos a continuación

6º.- Porque, además de todo lo anterior, tal y como se analizará con mayor detalle en siguientes apartados apartado, el desarrollo del mercado y de la competencia en el sector del gas en España, depende en gran medida del adecuado desarrollo de las infraestructuras de red, y en particular de la red de distribución, que hoy por hoy sigue adoleciendo de un insuficiente desarrollo, lo que restringe la dimensión del mercado accesible a potenciales competidores.

2.4.- El efecto sobre la dinámica del modelo regulatorio actual.

El Consejero que suscribe ya expuso en su Voto Particular a la Resolución de esta CNE dictada en ejercicio de la función 14ª, que la integración de redes de distribución de gas y electricidad planteada como consecuencia de la



Operación constituye un cambio esencial del actual modelo regulatorio e introduce tales riesgos y efectos negativos sobre los factores que han de contribuir a un adecuado desarrollo de la red de distribución de gas en España, que dicha integración de redes hubiera sido razón suficiente para denegar la Operación solicitada desde la estricta perspectiva de dicha función 14ª.

Resuelta la cuestión desde la perspectiva de sus efectos en el sector regulado de gas y electricidad, no es exacto afirmar como pretende GAS NATURAL, que dicha cuestión ha quedado ya resuelta por esta CNE con lo resuelto en el ejercicio de la función 14ª. Y menos aún puede admitirse la argumentación de GAS NATURAL según la cual la actividad de distribución es neutral por definición legal respecto a la comercialización, y si no es así, lo que procede es cambiar la regulación pero no denegar la Operación.

Las experiencias europeas que se citan para concluir que la actividad de distribución no es objeto de atención desde la perspectiva de competencia olvida una diferencia esencial del modelo español respecto a otro modelo europeos: la actividad de distribución en España, -tanto en gas como en electricidad-, no se limita a ser una actividad de red, sino que también aglutina una actividad de suministro a tarifa. Esta diferencia sustancial del modelo regulatorio español no puede ser desconocida ahora en el análisis de la operación porque es el origen y causa principal de la abundante casuística que viene a demostrar la indeseable interferencia de la actividad de distribución en las actividades abiertas a la competencia.

Ahora corresponde, por tanto, analizar la dimensión que desde la perspectiva de la competencia puede derivarse de dicho solapamiento zonal de las redes de electricidad y gas y por ello nos extenderemos en los argumentos que desde la perspectiva de defensa de la competencia permiten llegar a idéntica



conclusión. Algunos de ellos ya quedaron apuntados en dicho Voto Particular, - por lo que damos aquí por reproducido lo expuesto entonces

La regulación española es exhaustiva estableciendo la separación de actividades y ha ido incluso más lejos que la propia normativa comunitaria, que tan sólo establece la obligación de separación contable. La tesis que hace recaer toda la responsabilidad en deficiencias regulatorias debería llevarnos a concluir que es deficiente la regulación a nivel comunitario, lo que sería tanto como poner en cuestión el conjunto del modelo de mercado único de gas y de electricidad en Europa y diferir el juicio sobre la bondad o no de las operaciones de concentración a unas supuestas reformas necesarias futuras, al tiempo que entre tanto supuestamente debieran permitirse dichas concentraciones, que por otro lado, acabarían condicionando las supuestas necesarias reformas futuras del marco regulatorio. Sin embargo, la reciente decisión de esta CNE a propósito del ejercicio de la función 14ª, abre una vía de escape al actual en el modelo regulatorio de consecuencias imprevisibles y deteriora notablemente el grado de coherencia interna del mismo.

De la misma forma, las condiciones impuestas ahora, en ejercicio de la función 15ª a la limitación de cuota en distribución resultan ser, paradójicamente, una ventaja para los destinatarios de las mismas, ya que les permitirá liberarse de sus actuales responsabilidades de extensión de la red de distribución en España. Respecto a esta cuestión nos remitimos al detalle de las explicaciones dadas en nuestro Voto Particular a la Resolución de fecha 8 de Noviembre de 2.005 de esta CNE

Pues bien, siendo cierto que dicho avance en el proceso de liberalización se ha producido, no es menos cierto que el proceso es todavía vulnerable y fácilmente reversible.



De los datos que obran en la propia Resolución se desprende que la demanda de gas en España está muy focalizada en grandes consumidores y en el sector eléctrico, lo que limita el dimensionamiento del mercado desde la perspectiva de los aprovisionamientos. Para **que dicho crecimiento sea posible es imprescindible que dichos potenciales clientes tengan acceso a una red de distribución, a un punto de suministro.**

Por esa razón, al Grupo Resultante tendría capacidad de arbitrar sobre la demanda de gas (conteniendo su crecimiento mediante una expansión más lenta de los puntos de suministro necesarios) y el incentivo para ello en la medida en que ocupa una posición de dominio en el mercado de aprovisionamientos con la actual estructura de mercado podría resultarle más interesante introducir una cierta rigidez en la demanda, mediante un menor crecimiento de ésta, para establecer barreras de entrada a nuevos aprovisionadores y de esa forma conseguir incrementos de precio en la materia prima suministrada a esa demanda rígida y contenida.

Ese incentivo para “contener” la expansión de la red de distribución, -y así contener el crecimiento de la demanda total de gas- se vería reforzado por el efecto de incremento de precios en el pool eléctrico como consecuencia del incremento de precio del combustible para las centrales de ciclo combinado. Aunque volveremos más adelante sobre esta cuestión, en la audiencia pública ENDESA reconocía que el incentivo de obtener mayores réditos en el pool eléctrico como consecuencia del incremento de los precios del gas ya existe para GAS NATURAL SDG en la actualidad con la estructura de mercado actual pero limitado dicho incentivo a una cuantía de decenas de millones. Con el nuevo Grupo Resultante el incentivo de mayores réditos en el pool eléctrico como consecuencia de subidas en el precio del gas pasaría a ser de cientos de millones de euros.



Finalmente, el esfuerzo financiero realizado para llevar adelante la operación (analizado con detalle por esta CNE en el expediente seguido para el ejercicio de la función 14ª y comentado también en nuestro Voto Particular) va a potenciar e incentivar de forma adicional el desarrollo de dicha estrategia incluso por elemental necesidad de saneamiento financiero del Nuevo Grupo resultante

Por último, las condiciones que impone la Resolución limitando la cuota en distribución van a “legitimar” y suponer un cierto alivio al Nuevo Grupo para justificar su “ralentización” en el desarrollo de la red de distribución en los próximos años. Por otro lado es de señalar que el plan de desinversiones que se proponía por GAS NATURAL ya alcanzaba las limitaciones de dicha cuota. Así se decía en la Resolución de 8 de Noviembre de esta CNE que valoraba la cuota de mercado en distribución de gas correspondientes a los activos desinvertidos, entre un 9% y un 28% según cuales fueran los puntos de suministros cedidos (domésticos o industriales).

Al mismo tiempo, se elimina a uno de los tres competidores relevantes en el desarrollo de la red de gas, con agresivos planes de crecimiento, para nuevas licitaciones en zonas no adjudicadas, lo que se traducirá en una menor competencia, incremento de precios y plazos de ejecución y deterioro de calidad. El 71% de los hogares españoles todavía no tienen acceso a gas, por lo que existe un gran potencial de desarrollo, que no debería permitirse que se perjudique con la desaparición de uno de los tres Agentes que ha sido más agresivo en la adjudicación de nuevas zonas de extensión de red de distribución de gas con la desaparición.

Esa menor competencia se traducirá en mayores retrasos, menor calidad y mayores costes, se traducirán en mayores precios de peajes y, por tanto, incremento de precios finales de la energía para los consumidores.



Por todas las razones expuestas, es evidente que el efecto de la generalización del solapamiento de redes de gas y electricidad empeora notablemente las distorsiones que se venían observando como consecuencia de la interferencia de la actividad de distribución en las actividades de comercialización. Pero **para evitar que dichas interferencias se intensifiquen como consecuencia de la operación, no es posible pretender adoptar por el cauce del ejercicio del art. 17. 1. b) de Defensa de la Competencia modificaciones normativas sectoriales que afecten al conjunto de los agentes del sector. Lo que si era posible para remediar los efectos de este solapamiento generalizado era haber impuesto mayores restricciones a las partes implicadas en la operación como condiciones a la misma.**

En este punto, llega el momento de entrar a analizar las consideraciones jurídicas contenidas en el Informe de Asesoría Jurídica de fecha 12 de Diciembre de 2.005 sobre el alcance de las condiciones y reformas regulatorias que se proponían por los Servicios Técnicos en su Propuesta Original.

CAPITULO III.- SOBRE LOS CAMBIOS NORMATIVOS PROPUESTOS Y SU EFECTO SOBRE LA CUESTION OBJETO DEL PROCEDIMIENTO. ALCANCE DE LAS FACULTADES PREVISTAS EN EL ART. 17 1. DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. COMENTARIOS AL INFORME DE ASESORIA JURÍDICA DE 12 DE DICIEMBRE DE 2.005.

Los principales efectos anticompetitivos comentados hasta ahora y profusamente explicados en el examen de los servicios técnicos son muy numerosos y muy intensos. Tan intensos que **se llega a considerar insuficiente el establecimiento de condiciones y se proponen la adopción de una serie de cambios normativos sectoriales.**



Así, en la Propuesta Modificada se añade un Capítulo 10 dedicado exclusivamente a las propuestas de cambio de la legislación sectorial y, previamente, en el Capítulo 9 dedicado a las conclusiones y a las condiciones que se recomiendan, se resume el diagnóstico realizado con expresiones como las siguientes:

“La exposición se realiza de manera sistemática para cada uno de los mercados relevantes anteriormente definidos y examinados, señalando en primer lugar las conclusiones del análisis referido a cada mercado, y en segundo lugar las condiciones y remedios. *En el presente Capítulo 9 se recogen las condiciones a incluir en el Acuerdo del Consejo de Ministros, mientras que en un capítulo aparte, el capítulo 10, se agrupan aquellas recomendaciones de **cambios regulatorios que junto con las condiciones, restablecerán el nivel de competencia previo a la operación.***” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la adición realizada tras el Informe de Asesoría Jurídica).

Más adelante se vuelve a insistir en la Propuesta Modificada en la misma idea cuando se afirma textualmente:

“La primera conclusión que cabe anticipar con carácter previo a la exposición detallada de las conclusiones referidas a cada mercado es que esta Comisión considera que la celebración de la operación de concentración examinada en el presente informe podría tener como efecto la obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva, si bien tal efecto podría ser paliado mediante la subordinación de la aprobación de la operación a la observancia de determinadas condiciones, *acompañándolo de modificaciones normativas.*” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la modificación añadida tras el Informe de Asesoría Jurídica)



Comisión
Nacional
de Energía

De la misma forma, más adelante, se sigue diciendo en la referida Propuesta Modificada, lo siguiente:

“En este caso, ante la entidad de la operación (concentración del primer operador en todos los mercados de gas y del primer operador en la casi totalidad de los mercados de electricidad) y la gravedad de los problemas de competencia suscitados, sólo una adecuada elección de condiciones, algunas de carácter estructural, **y modificaciones normativas** puede paliar dichos problemas, pues otro tipo de medidas de comportamiento resultarían manifiestamente insuficientes para tal objetivo.” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la modificación añadida tras el Informe de Asesoría Jurídica)

Y también:

“Atendiendo a lo anterior, a continuación se exponen las conclusiones del análisis de cada mercado y las condiciones **y recomendaciones de modificación normativa (éstas últimas en el Capítulo 10)** necesarias, a juicio de la CNE, para permitir la aprobación de la operación.” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la modificación añadida tras el Informe de Asesoría Jurídica).

Es decir, las opiniones del Informe de Asesoría Jurídica han resultado muy clarificadoras porque han reafirmado a los técnicos firmantes de la Propuesta de Resolución en la tesis de que **las propuestas de modificaciones normativas forman parte integrante e indisoluble del paquete de remedios que proponen para restablecer el nivel de competencia al existente con carácter previo a la operación.**



Sin embargo, el Voto Mayoritario ha sustituido dicho Capítulo 10, sustituyéndolo por un nuevo capítulo 10 titulado CONSIDERACION FINAL con el tenor literal siguiente:

“10.-CONSIDERACION FINAL

El análisis de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA **plantea numerosos problemas regulatorios detectados a lo largo del informe que afectan al funcionamiento de los mercados.**

En el marco de las reflexiones y análisis de la propuestas planteadas por el “Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorias de la generación eléctrica en España”, la CNE elevará al Gobierno **propuestas regulatorias sobre las cuestiones puestas de manifiesto que contribuyan, entre otros objetivos, junto con las condiciones propuestas, a mitigar los problemas de competencia detectados en gas y electricidad.**”
(Pag. 345 de la Resolución). (El subrayado es nuestro)

Es decir, **difiere al futuro** la adopción de dichas reformas regulatorias que **junto con las condiciones que ahora se imponen deben contribuir a mitigar los problemas de competencia detectados.** En cualquier caso, **no cabe un reconocimiento más explícito de cual es la auténtica situación creada por la operación analizada.**

Y es que la **necesidad de cambios regulatorios para hacer compatible la operación con un grado de competencia similar al actual es la única conclusión posible.**



Es de señalar la supresión de las expresiones que se citaban anteriormente en la Propuesta Modificada.

Así en la Propuesta Modificada se decía lo siguiente:

“La exposición se realiza de manera sistemática para cada uno de los mercados relevantes anteriormente definidos y examinados, señalando en primer lugar las conclusiones del análisis referido a cada mercado, y en segundo lugar las condiciones y remedios. En el presente Capítulo 9 se recogen las condiciones a incluir en el Acuerdo del Consejo de Ministros, mientras que en un capítulo aparte, el capítulo 10, se agrupan aquellas recomendaciones de **cambios regulatorios que junto con las condiciones, restablecerán el nivel de competencia previo a la operación.**”

La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar lo suprimido en la Resolución apoyada por el Voto Mayoritario, que pasa a quedar redactada de la siguiente forma:

“La exposición se realiza de manera sistemática para cada uno de los mercados relevantes anteriormente definidos y examinados, señalando en primer lugar las conclusiones del análisis referido a cada mercado, y en segundo lugar las condiciones y remedios.” (Pág. 308 de la Resolución)

Igualmente en la Propuesta Modificada se señalaba lo siguiente:

“La primera conclusión que cabe anticipar con carácter previo a la exposición detallada de las conclusiones referidas a cada mercado es que esta Comisión considera que la celebración de la operación de



Comisión

Nacional

de Energía

concentración examinada en el presente informe podría tener como efecto la obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva, si bien tal efecto podría ser paliado mediante la subordinación de la aprobación de la operación a la observancia de determinadas condiciones, **acompañándolo de modificaciones normativas.**

La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar lo suprimido en la Resolución apoyada por el Voto Mayoritario, que pasa a quedar redactada de la siguiente forma:

“La primera conclusión que cabe anticipar con carácter previo a la exposición detallada de las conclusiones referidas a cada mercado es que esta Comisión considera que la celebración de la operación de concentración examinada en el presente informe tendría como efecto una merma de las condiciones de competencia existentes, si bien tal efecto podría ser paliado y consecuentemente aprobado mediante la imposición de determinadas condiciones.” (Pag 308 de la Resolución)

Igualmente en la Propuesta Modificada se señalaba lo siguiente:

“ En este caso, ante la entidad de la operación (concentración del primer operador en todos los mercados de gas y del primer operador en la casi totalidad de los mercados de electricidad) y la gravedad de los problemas de competencia suscitados, sólo una adecuada elección de condiciones, algunas de carácter estructural, **y modificaciones normativas** puede paliar dichos problemas...”

La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar lo suprimido en la Resolución apoyada por el Voto Mayoritario, que queda redactado como sigue:



“ En este caso, ante la entidad de la operación (concentración del primer operador en todos los mercados de gas y del primer operador en la casi totalidad de los mercados de electricidad) y los efectos sobre la competencia suscitados, sólo una adecuada elección de condiciones, algunas de carácter estructural puede compensar dichos efectos” (Pág. 310)

Igualmente la Propuesta Modificada señalaba lo siguiente:

“Atendiendo a lo anterior, a continuación se exponen las conclusiones del análisis de cada mercado y las condiciones **y recomendaciones de modificación normativa (éstas últimas en el Capítulo 10)** necesarias, a juicio de la CNE, para permitir la aprobación de la operación.”

La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar lo suprimido en la Resolución apoyada por el Voto Mayoritario, que pasa a quedar redactada como sigue:

“Atendiendo a lo anterior, a continuación se exponen las conclusiones del análisis de cada mercado y las condiciones necesarias, que a juicio de la CNE, permitirían la aprobación de la operación.” (página 311).

Es cierto que en la nueva redacción dada al Capítulo 10 en la Resolución se sigue aludiendo a la necesidad de que las reformas regulatorias deben realizarse junto con las condiciones propuestas, pero la expresión resulta muchísimo más ambigua al afirmar:

“...propuestas regulatorias sobre las cuestiones puestas de manifiesto que contribuyan, entre otros objetivos, junto con las condiciones



Comisión

Nacional

de Energía

propuestas, a mitigar los problemas de competencia detectados en gas y electricidad”

Con esa redacción podría llegar a interpretarse que para esta CNE los problemas detectados de competencia a los que se referirán las reformas no son consecuencia de la operación, y que las reformas regulatorias que se proponían por los servicios tenían que ver con esos problemas preexistentes. Y eso no es así. **Como hemos venido argumentando hasta ahora, la Propuesta Original y la Propuesta Modificada proponen unos remedios concretos para paliar efectos negativos concretos de la operación que agravan intensamente la situación de preexistente, y además señala con toda claridad que dichos reformas normativas deben producirse junto con las condiciones para reponer el nivel de competencia al nivel previo a la operación.**

Lo que sorprende es que se admita por el Voto Mayoritario esa realidad durante los ocho primeros Capítulos que integra la Resolución y, a continuación, en las Conclusiones se apruebe ahora la operación y se aplacen para el futuro las reformas regulatorias que se dicen necesarias para solucionar los problemas que crea y agrava aquella.

Aunque no es ésta CNE el Órgano regulador especializado en derecho de la competencia, y pudiera parecer excesivo entrar con demasiado detalle a realizar comentarios sobre cuestiones jurídicas que no son de naturaleza sectorial energética, sino de estricto derecho de la competencia, creemos que la incidencia que dichas cuestiones han tenido en la supresión de diferentes medidas que eran propuestas por los Servicios Técnicos, hacen aconsejables algunos comentarios.



3.1. La posibilidad de imponer condiciones en operaciones de concentración; las facultades del Gobierno para establecerlas y los requisitos que debe considerar estas CNE para recomendarlas; los límites a la posibilidad de imponer condiciones.

Establece el Informe de Asesoría Jurídica de fecha 12 de Diciembre de 2.002 una primera consideración general del siguiente tenor literal:

“Primera.- Consideración general.

En primer lugar, debe ponerse de manifiesto tal y como establece el apartado b) del artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, el Gobierno puede autorizar la operación de concentración de que se trate subordinándola “a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia”.

El establecimiento de las condiciones deberá ajustarse a los criterios jurisprudencialmente establecidos. En este sentido, debn citarse las sentencias de 2 de Abril de 2.002 y de 7 de Noviembre de 2.005, a las que se hace referencia la propuesta de informe, páginas 323 y 324.”

Y en nota a pie de página el Informe de Asesoría Jurídica sigue señalando lo siguiente:

“Tal y como señala la Sentencia de 7 de noviembre de 2.005 en el Recurso Contencioso-Administrativo 37/2.005 “la finalidad del control de concentraciones es la de evitar los efectos restrictivos de la competencia derivados de la concentración, pero no hacer desaparecer los límites competenciales existentes”. El Tribunal Supremo en la Sentencia



recaída en el Recurso 65/2.003, señala “enfrentada a dos alternativas igualmente válidas y eficaces, la Administración ha de optar por la menos gravosa para los derechos de los particulares, garantizados que queden los intereses generales por un a y otra. Se trata, en definitiva de hacer realidad la norma según la cual el contenido de los actos de intervención debe ser congruente con los motivos y fines que los justifiquen y, si fueren varios los admisibles, debe elegirse el menos restrictivo de la libertad individual”

A continuación, el Informe de Asesoría Jurídica sigue desarrollando, lo largo de cinco páginas, una serie de Consideraciones particulares sobre las medidas propuestas por los Servicios Técnicos en la Propuesta Original relativas a las condiciones en relación con el aprovisionamiento de gas natural, en relación con las medidas de separación de propiedad, en relación con los aspectos regulatorios contenidos en la propuesta de informe y en relación con otras cuestiones.

En relación con dichos comentarios, el Consejero Ponente Sr. Sierra remite una Nota Interior de fecha 19 de Diciembre de 2.005 en la señala, titulada “Observaciones del ponente Sr. Sierra de acuerdo con lo previsto en el epígrafe 6.9 del procedimiento “PR-MPE-1-SGN-001 Gestión de expedientes de actuaciones de la CNE, para que se adjunten al documento base de la operación de concentración GAS NATURAL-ENDESA” , en la que señala entre otras cosas lo siguiente:

“3) El informe de la Dirección de Asesoría Jurídica y su implicaciones .

(...)



El problema parece estribar en el posible conflicto entre condiciones específicas impuestas en el marco de un expediente de concentración y lo establecido por las legislaciones sectoriales.

En efecto, en la “primera-Consideración general” del informe de la DJA se cita el apartado b) del artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, en su versión original que permitía subordinar la operación: “ a al observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia”. Con posterioridad, la Ley 9/2.001 completó esta redacción, que es la que figura en el informe técnico, añadiendo: “Dichas condiciones podrían consistir, entre otras, en la obligación de transmitir ciertos negocios o activos o en la imposición de limitaciones. En el supuesto de que la legislación sectorial correspondiente establezca algún tipo de limitación, el Acuerdo del Consejo de Ministros podrá autoriza su modificación en tanto se ejecuta y en los términos previstos en el mismo.” En la exposición de motivos de esa Ley se explicaba la razón del añadido: se establece una nítida diferencia entre las condiciones a que pueden subordinarse los acuerdos de autorización de concentraciones empresariales y los límites que las normas sectoriales imponen en la participación en los mercados y sectores regulados y en sus operadores, de modo que en los Acuerdos del Consejo de Ministros que subordinen las concentraciones al cumplimiento de condiciones puedan modificarse las restricciones establecidas con carácter general en las leyes sectoriales, durante la ejecución de dichos Acuerdos.”

Entiendo que ello quiere decir que incluso en el supuesto de que algunas de las condiciones impuestas en un Acuerdo del Consejo de Ministros interfieran con determinadas limitaciones regulatorias establecidas por la



legislación sectorial está previsto que éstas puedan modificar, para un caso concreto, por el referido Acuerdo.

Con base en esta interpretación, el Acuerdo de Consejo de Ministros de 2.002 por el que se imponían condiciones a la concentración ENDESA-IBERDROLA establecía, entre otros aspectos, una serie de limitación de cuotas: a la potencia eléctrica, que no debía superar a la que tenía Endesa; a la actividad de distribución de energía eléctrica, que no podía superar el 48%; a la comercialización nueva, en un 40%; y a la comercialización en áreas de distribución, en un 60%.



Por las mismas razones, considero que se encontraban legalmente amparadas las propuestas las propuestas iniciales de los Servicios Técnicos, tales como: la cesión del Contrato de Segane I, -un activo-, contando oportunamente, como siempre que hay una cesión de activos, con terceros; la limitación específica de la cuota de aprovisionamiento para este caso, independientemente del límite fijado por la Ley de Hidrocarburos; la separación de propiedad de la distribución; y la imposición de límites a las cuotas de comercialización que, afortunada y sorprendentemente en este contexto, no han sido puestas en tela de juicio.

En conclusión, estimo que no había justificación, ni de fondo ni derivada directamente del informe de la DAJ, para pasar al capítulo de recomendaciones normativas algunas de las condiciones, aunque no me cabe duda de que ello se ha hecho en aras de llegar lo más rápidamente posible a un acuerdo. Tampoco acierto a comprender por qué, en el capítulo 9, y 10 nuevo, se ha reducido casi a la tercera parte el epígrafe dedicado al aprovisionamiento de gas natural, con pérdida en este caso de información en mi opinión, valiosa”



Pues bien, en relación con dichos comentarios, totalmente certeros, el Consejero que suscribe presentó en el curso del debate del Consejo del 20 de Diciembre de 2.005, una Enmienda que, acogiendo las tesis del Consejero Ponente, proponía lo siguiente:

“ENMIENDA 4. –

**AL CAPITULO 10. “RECOMENDACIONES DE MODIFICACIONES
NORMATIVAS”**

Se propone la sustitución del texto de dicho capítulo por el siguiente nuevo texto:

“En el presente Capítulo se recogen las modificaciones normativas necesarias, que junto con las condiciones impuestas a la operación, permitirían paliar los problemas de competencia originados por la operación de concentración analizada respecto a la posición de dominio en el mercado de aprovisionamiento de gas.

En este sentido deberán adoptarse las medidas normativas necesarias para la creación de un **mercado mayorista de compra-venta diario del gas natural, situado dentro del sistema gasista español**, lo cual se justifica por la necesidad que existe de dar fluidez a un mercado de intercambios que permita disponer de un mecanismo que facilite a los pequeños y medianos proveedores superar las barreras logísticas y operativas inherente a su escaso tamaño, tal y como se señala en el Cuerpo del Informe. Esta cuestión resulta esencial, dada la rigidez actual en la operación del sistema, que se acrecienta con determinadas reformas regulatorias recientes que pueden incidir en una rápida



disminución de la capacidad de acceso existente actualmente en el sistema gasista español.

Igualmente sería necesario adoptar **disposiciones para suprimir las posibles limitaciones en las aportaciones del gas natural al sistema gasista español desde la conexión MEDGAZ**, salvo las establecidas en orden a la diversificación de los abastecimientos de gas natural a España, según determina la Ley 34/1.998 y el Real Decreto 1716/2.004, de 23 de julio. Igualmente deberá modificarse por la vía normativa adecuada en la revisión de la planificación nacional de infraestructuras, que el gasoducto en el tramo español tenga el suficiente diámetro como para vehicular, desde su puesta en servicio, cantidades adicionales a las previstas de 8 BCM.

Las citadas modificaciones normativas **deberán producirse con carácter previo** a la operación, por lo que tendrán el efecto de **condición suspensiva** de la autorización que, en caso, pueda otorgar el Gobierno”

Justificación

Entiende el Consejero que suscribe que el resto de “recomendaciones” de modificación normativa que se citan en el Capítulo 10 o bien no son tales, ya que pueden ser impuestas como condición de la operación única y exclusivamente a las partes implicadas en la misma, o bien son contraproducentes. Así, se considera que el art. 17 1 b) de la Ley de Defensa de la Competencia faculta y da cobertura legal suficiente al Consejo de Ministros para imponer como condición lo siguiente:



1º.- La limitación en la cuota de aprovisionamiento de gas natural. Se da la circunstancia de que en la Propuesta de Resolución se imponen como condición cuotas límite en comercialización de electricidad y gas, sin que se dude de la posibilidad legal de hacerlo.

2º.- El establecimiento de obligación de separación de propiedad de redes de gas y electricidad, se puede imponer como condición de la operación, siempre que se refiera sólo a las partes implicadas en la misma.

El precepto citado establece claramente que **el Gobierno si puede establecer, por la vía de la condiciones, limitaciones o restricciones que excedan las existentes con carácter general en la legislación sectorial.** Así dicho precepto establece lo siguiente:

“En el supuesto de que la legislación sectorial correspondiente establezca algún tipo de limitación, el Acuerdo del Consejo de Ministros podrá autorizar su modificación en tanto se ejecuta y en los términos previstos en el mismo.”

Ahora bien, la posibilidad del Gobierno de establecer cambios regulatorios no lo es con carácter general, para adaptar el marco general sectorial a las características de la Operación, sino a la inversa: la posibilidad de establecer limitaciones concretas a la Operación que excedan a las limitaciones impuestas con carácter general a nivel sectorial. Por eso el precepto alude a la expresión “...en tanto se ejecuta y en los términos previstos en el mismo...” para poner de relieve que la modificación o limitación sobreañadida lo es con carácter coyuntural e instrumental de la propia Operación.



De la misma forma en la propia Exposición de Motivos de la Ley 9/2.001, que fue la que introdujo en el artículo 17.1 b) de la Ley de Defensa de la Competencia las frases segunda y tercera omitidas en el Informe de Asesoría Jurídica, se establece lo siguiente:

*“...El artículo segundo contiene dos medidas imprescindibles para la consecución de un marco de defensa de la competencia adecuado a las necesidades derivadas del proceso de liberalización económica. Por un lado, se establece una nítida diferencia entre las condiciones a que pueden subordinarse los acuerdos de autorización de concentración de autorizaciones empresariales y los límites que las normas sectoriales imponen en la participación de los mercados y sectores regulados y de sus operadores, de modo que en los Acuerdos del Consejo de Ministros que subordinen las concentraciones al cumplimiento de condiciones **puedan modificarse las restricciones establecidas con carácter general en las leyes sectoriales, durante la ejecución de dichos Acuerdos...**”*

Por tanto, el Informe que finalmente dicte esta CNE **puede y debe contener condiciones que, aunque nunca hubiera podido adoptarlas la CNE por exceder las restricciones y limitaciones del marco normativo, si puede adoptarlas el Gobierno,** que es el destinatario del Informe dictado por esta CNE en ejercicio de la función 15ª y el **regulador que debe decir sobre la Operación y sus condiciones.**

Por último, entiende el Consejero que suscribe que no es posible aprobar una operación de concentración que exige medidas regulatorias para restablecer el nivel de competencia previo a la misma, pero, al



menos, si así se acuerda, las modificaciones normativas deben realizarse con carácter previo a la toma de control que haga efectiva la concentración. Y ello no sólo porque la vulnerabilidad y reversibilidad del grado de liberalización alcanzado hasta ahora, junto con la intensidad de la posición de dominio que alcanzaría el Nuevo Grupo en todos los mercados relevantes, exige que las medidas paliativas sean operativas y eficaces en el plazo más breve posible, -tal y como se ha justificado en enmiendas anteriores-, sino por cuestiones relativas a la seguridad jurídica y a la predecibilidad del regulador al que tienen derecho los agentes que operan en el marco regulado.”

Hasta aquí el tenor literal de nuestra Enmienda. Lamentablemente dicha Enmienda fue rechazada por el Voto Mayoritario. La Enmienda “in voce” del Consejero Sr. Fabra, apoyada por el Voto Mayoritario y que rechazamos los cuatro Consejeros restantes, dió lugar al cambio del Capítulo 10, por un nuevo texto del tenor literal que ya hemos citados en apartado precedentes y que recordamos de nuevo aquí:

“10.-CONSIDERACION FINAL

El análisis de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA **plantea numerosos problemas regulatorios detectados a lo largo del informe que afectan al funcionamiento de los mercados.**

En el marco de las reflexiones y análisis de la propuestas planteadas por el “Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorias de la generación eléctrica en España”, la CNE elevará al Gobierno **propuestas regulatorias sobre las cuestiones puestas de manifiesto que contribuyan, entre otros objetivos, junto con las condiciones propuestas, a mitigar**



los problemas de competencia detectados en gas y electricidad.”

(Pag. 345 de la Resolución). (El subrayado es nuestro)

Es decir, reconociendo claramente que la operación no encaja con el marco normativo actual, minusvalora por completo los inconvenientes y problemas, tanto de naturaleza legal como por razones de simple eficacia de dichas reformas., y las deja para el futuro en un contexto de debate general. Puede darse el caso de que, mientras llegan esas reformas, el Nuevo Grupo resultante (consecuencia de la fusión de los dos incumbentes en los sectores de electricidad y gas) recuperen las cuotas de mercado pérdidas por cada uno de ellos en sus mercados respectivos desde que se inició el proceso de liberalización.

Entiende el Consejero que suscribe que no puede aprobarse la operación mientras dichas reformas regulatorias, necesarias para neutralizar los efectos que la misma causa en el actual escenario de competencia, no se hayan incorporado con carácter previo al ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la operación en si misma puede condicionar el resultado del debate regulatorio, como también comentaremos en el apartado oportuno.

Por todo ello, vamos a analizar con más detalle en los siguientes apartados cada una de las cuestiones que han quedado expuestas.

3.2.- La diferente naturaleza del ejercicio de la función 14ª y del ejercicio de la función 15ª y sus consecuencias sobre la posibilidad de considerar condiciones que aumentan para las partes implicadas en la operación los límites y restricciones impuestos con carácter general en el marco normativo actual.



El Consejero que suscribe ya tuvo ocasión de mostrar su disconformidad con los criterios jurídicos expuestos por la Asesoría Jurídica en relación con la posibilidad de imponer condiciones a la Operación analizada, si bien entonces se trataba del ejercicio de la denominada Función 14ª de esta CNE.

Manténía entonces la Asesoría Jurídica en su Informe de fecha 4 de Noviembre de 2.005, una tesis que podía llevarnos a concluir que existía la obligación por parte de esta CNE de imponer condiciones hasta agotar el elenco posible e imaginable que permitiera evitar cualquier posible riesgo o efecto negativo derivado de la Operación, por entender que el derecho del particular (GAS NATURAL SDG) a llevar adelante la misma (derecho a la libertad de empresa) era el bien jurídico a proteger con carácter prioritario preeminencia sobre cualquier otro. Entonces, ni las condiciones contenidas en la Propuesta de Resolución ni las condiciones contenidas en las enmiendas presentadas, - aprobadas e incorporadas a la Resolución algunas de ellas-, fueron motivo de preocupación alguna para la Asesoría Jurídica, que parecía considerarlas correctas y adecuadas desde la perspectiva legal.

Sin embargo, este Consejero ya dejó expuesto en el curso del debate y posteriormente en la Consideración Decimotercera de su Voto Particular, las razones que a su juicio desacreditaban e invalidaban las argumentaciones de dicha Asesoría Jurídica. Las damos aquí por reproducidas para evitar inútiles repeticiones, pero resaltando lo que entonces decíamos sobre la posibilidad o no de imponer condiciones que modifiquen el marco regulatorio actual:

“ Así en el referido Informe de la Dirección Jurídica se admite que “atendidas las consideraciones anteriores, cabe señalar que la autorización contemplada en la función decimocuarta tiene carácter reglado, en la medida en que la causa de denegación se encuentra tasada en la normativa reguladora misma. *“Sólo podrán denegarse las autorizaciones como consecuencia de la existencia de riesgos*



Comisión

Nacional

de Energía

*significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas". Así, la Administración debe **constatar únicamente la inexistencia de los citados riesgos o efectos**, y una vez comprobada la anterior circunstancia proceder a otorgar la misma."*

Y ya decíamos entonces que dicha tesis no podía ser mantenida. La prueba de hechos negativos es prueba diabólica en Derecho, por imposible. Lo que puede probarse es lo que existe, no lo que no existe. Por ello, el único presupuesto objetivo que debe observarse para el ejercicio reglado de la función 14ª por parte de esta CNE es la comprobación y prueba de la existencia de efectos negativos, directos o indirectos, o riesgos significativos para las actividades reguladas. Una vez comprobada y acreditada tal circunstancia, la CNE puede optar discrecionalmente entre dos alternativas: a) Denegar la operación; b) Autorizarla con condiciones.

Y además de lo anterior, señalábamos que, en el caso de optar por la imposición de condiciones, éstas deben ser de naturaleza accesoria y no principal, porque la CNE no puede imponer por la vía de las condiciones previstas para el ejercicio de la función 14ª en la Disposición Adicional citada, limitaciones o restricciones que exceden a las existentes con carácter general en la legislación sectorial.

Es decir, la CNE en el ejercicio de la función 14ª no puede imponer condiciones que impongan al particular limitaciones y restricciones que superen a las establecidas en el marco normativo sectorial porque la CNE no tiene facultades legales para ello, ni el cauce de la función 14ª está previsto para esa finalidad. La Asesoría Jurídica permitió y guardó silencio ante condiciones aprobadas por el Voto mayoritario en la citada Resolución, que a juicio de este Consejero suponen una clara modificación de las restricciones y limitaciones contenidas con carácter normativo general en el sector, y por ello, debió denegarse la



Comisión
Nacional
de Energía

operación ante la imposibilidad de imponer condiciones válidas y eficaces (exigibles legalmente). Decíamos entonces lo siguiente:

“ Así en el referido Informe de la Dirección Jurídica se admite que “atendidas las consideraciones anteriores, cabe señalar que la autorización contemplada en la función decimocuarta tiene carácter reglado, en la medida en que la causa de denegación se encuentra tasada en la normativa reguladora misma. *“Sólo podrán denegarse las autorizaciones como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas”*. Así, la Administración debe **constatar únicamente la inexistencia de los citados riesgos o efectos**, y una vez comprobada la anterior circunstancia proceder a otorgar la misma.”

Pero **en el caso que nos ocupa se detecta precisamente lo contrario: la existencia de riesgos y efectos negativos** para las actividades reguladas en la Ley, es decir, el **supuesto reglado para que esta CNE deniegue la operación solicitada**.

A mayor abundamiento, existe doctrina sobre la naturaleza de las condiciones que pueden imponerse atendiendo a los términos concretos de la operación que se plantee a esta CNE. En una operación similar, - por su magnitud económica, por el alcance para el conjunto del sistema, por el instrumento mercantil elegido (OPA), por los riesgos detectados,...-, esta CNE denegó la solicitud de autorización para la OPA de GAS NATURAL SDG sobre IBERDROLA S.A. Así en el **informe de la Dirección Jurídica del pasado Viernes 4 de Noviembre** se llega a afirmar en relación con el citado precedente lo siguiente:

“ En este sentido resulta la Resolución de 30 de Abril de 2.003 de la CNE cuando señala que “el problema que se plantea con la imposición de estas condiciones es el de su eficacia real, sobre todo en caso de incumplimiento de las mismas una vez que se

haya consumado la OPA, pues en ese momento la operación resulta, prácticamente, irreversible.

*Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el sometimiento de la autorización a determinadas condiciones tiene todo su sentido **cuando con ellas se pretende salvar cuestiones accesorias, pero no cuando lo que se pretende es subsanar aspectos esenciales de la operación**, pues en este caso, lo procedente es denegar, sin perjuicio de que pueda volverse a plantear otra nueva solicitud una vez sean subsanados dichos aspectos esenciales.”*

Y continuábamos diciendo en nuestro Voto Particular lo siguiente:

“ Esta CNE esta impedida legalmente para tomar decisiones en el cauce de la función 14 que desnaturalicen dicha función, -de salvaguarda del modelo vigente, no de modificación del mismo, para lo que existen otros cauces-.”

Y mas adelante continúa diciendo este Consejero en el Voto particular citado lo siguiente:

“La aprobación se refiriere a una operación concreta y **las condiciones posibles se refieren a aquellas que con toda probabilidad y seguridad pueden garantizar que no se producen cambios en dicho modelo (riesgos significativos o efectos negativos directos o indirectos). Las condiciones jamás pueden dar lugar a cambios en el modelo, porque supondría un peligrosa perversión de la función 14ª.**

Por todo ello, con la autorización condicionada del Voto Mayoritario nos encontramos, de facto, ante una propuesta de cambio de modelo en las actividades reguladas en el sector energético español. Esta CNE no debió en el presente procedimiento, a valorar si el cambio de modelo propuesto implícitamente con la operación analizada es necesario, conveniente o constituye una oportunidad o no de profundizar en una mayor generación de competencia



en las actividades energéticas no reguladas. (Que en opinión de este Consejero no es cambio adecuado y necesario en este momento en el sentido que se propone por algunos Consejeros). Los cambios del modelo corresponden en última instancia al legislador y los procesos adecuados para ello son complejos y pretender facilitar la mayor participación posible de los agentes económicos y sociales directamente afectados, de los propios órganos reguladores y del conjunto de los ciudadanos a través de su representación parlamentaria en las Cortes Generales y los Parlamentos Autonómicos.”

Sin embargo ahora, en ejercicio de la función 15ª, es cuando la Asesoría Jurídica llama la atención sobre la supuesta imposibilidad de imponer determinadas condiciones a la operación que a su juicio pueden cambiar el marco regulatorio actual. Tal es así, que dichos Servicios Técnicos han elaborado y añadido a su informe un nuevo Capítulo 10 de “Recomendaciones de cambios regulatorios” en la denominada Propuesta Modificada.

Pues bien, resulta excesivo ahora el celo mostrado por la Asesoría Jurídica para proteger el marco regulatorio actual, precisamente cuando el Informe de esta CNE en ejercicio de la función 15ª, no puede alterar de ninguna forma dicha marco regulatorio sean cuales fueren las condiciones que proponga. Y decimos que no puede alterarlo porque **en el ejercicio de la función 15ª esta CNE no impone condición alguna, sino que propone condiciones para que sean impuestas por el Gobierno, que es el regulador competente para decidir sobre la Operación.**

La pregunta, por tanto, en el ejercicio de esta función 15ª no se refiere a si esta CNE puede dictar condiciones que alteren el marco normativo vigente (que debe contestarse negativamente, por las razones ya expuestas referidas al ejercicio de la función 14ª), sino **si esta CNE puede proponer condiciones que puede adoptar el Gobierno,** incluso imponiendo condiciones a las partes



que excedan lo dispuesto en el marco normativo vigente. Y la contestación debe ser claramente afirmativa, ya que, como veremos, **el Gobierno se haya plenamente habilitado para dictar condiciones en procesos de concentración que puedan alterar el régimen de obligaciones del particular que resulte del marco regulatorio sectorial.**

Por tanto, el Informe que finalmente dicte esta CNE **puede y debe contener condiciones que, aunque nunca hubiera podido adoptarlas la CNE en ejercicio de la función 14ª por alterar el marco normativo, si puede adoptarlas el Gobierno,** que es el destinatario del Informe dictado por esta CNE en ejercicio de la función 15ª y el regulador que debe decir sobre la Operación y sus condiciones.

3.3.- La facultad del Gobierno de imponer condiciones y limitaciones en función de lo previsto en el art. 17 1 b) de la Ley de Defensa de la Competencia: su alcance y naturaleza.

No vamos reiterar de nuevo aquí lo ya expuesto en la Nota Interior del Consjero Ponente que ya ha quedado citada y que demuestra taxativamente como la facultad del Gobierno de imponer condiciones y limitaciones en Operaciones de Concentración aparece claramente delimitada en el art. 17. 1 b) de la Ley 16/1.989, de 17 de Julio , de Defensa de la Competencia, incluyendo la posibilidad de aplicar a las partes obligaciones que excedan los limites previstos en la legislación sectorial de carácter general.

Precisamente, la expresa habilitación que se concede al Gobierno para imponer tales restricciones a las partes, que tiene su origen en la adición a dicho artículo de los párrafos ya citados, procede de una modificación realizada, como expone el Consejero Ponente, por la Ley 9/2.001 de Política Económica. Esta circunstancia, -la expresa habilitación legal al Gobierno para



Comisión

Nacional

de Energía

imponer restricciones a las partes que exceden las contempladas en la legislación sectorial-, ratifica sin género de duda la opinión que ha venido manteniendo este Consejero a propósito de la función 14^a, cuando defendíamos que esta CNE no está facultada para imponer condiciones por esa vía que impongan restricciones a las partes que excederían obligaciones de la propia normativa sectorial general.

Pero al mismo tiempo, y por las mismas razones, **si faculta ahora en ejercicio de la función 15^a a esta CNE para recomendar al Gobierno que se impongan condiciones al solicitante que aumentan las restricciones y limitaciones contempladas en la legislación sectorial.**⁶

Por ello, entiende este Consejero que el Voto Mayoritario está actuando en relación con esta operación a la inversa de lo que ordenan los mandatos legales previstos en para el ejercicio de las denominadas función 14^a y función 15^a: imponiendo condiciones que exceden las obligaciones sectoriales, cuando no puede hacerlo (función 14^o); absteniéndose de recomendar condiciones que exceden las obligaciones legales cuando puede hacerlo (función 15^o). Dicho sea esto último a efectos puramente dialécticos, ya que para este Consejero ni siquiera es posible aprobar con condiciones la operación, tal y como venimos argumentando hasta ahora.

No obstante lo anterior, **la posibilidad del Gobierno de establecer cambios regulatorios no lo es con carácter general, para adaptar el marco general sectorial a las características de la Operación, sino a la inversa: la posibilidad de establecer a las partes implicadas en la operación limitaciones concretas a la Operación que excedan a las limitaciones impuestas con carácter general a nivel sectorial.** Por eso el precepto alude a la expresión

⁶ Aunque para ello deba concurrir otro presupuesto objetivo que otorga naturaleza de potestad reglada a la decisión del Consejo de Ministros, como veremos más adelante.



Comisión
Nacional
de Energía

“...en tanto se ejecuta y en los términos previstos en el mismo...” para poner de relieve que la modificación o limitación sobreañadida **lo es con carácter coyuntural e instrumental de la propia Operación.**

En el mismo sentido coyuntural e instrumental, la propia Exposición de Motivos de la Ley 9/2.001, de 4 de Junio, de Política Económica, que fue la que introdujo en el artículo 17.1 b) de la Ley de Defensa de la Competencia las frases segunda y tercera omitidas en el Informe de Asesoría Jurídica, establece lo siguiente:

*“El artículo segundo contiene dos medidas imprescindibles para la consecución de un marco de defensa de la competencia adecuado a las necesidades derivadas del proceso de liberalización económica. Por un lado, se establece una nítida diferencia entre las condiciones a que pueden subordinarse los acuerdos de autorización de concentración de autorizaciones empresariales y los límites que las normas sectoriales imponen en la participación de los mercados y sectores regulados y de sus operadores, de modo que en los Acuerdos del Consejo de Ministros que subordinen las concentraciones al cumplimiento de condiciones **puedan modificarse las restricciones establecidas con carácter general en las leyes sectoriales, durante la ejecución de dichos Acuerdos.**”*

Por otro lado elementales razones de seguridad jurídica y de predecibilidad de las decisiones del regulador, fundamentan la referida interpretación, ya que si llegara a mantenerse que las condiciones que resuelvan operaciones de concentración alteran el régimen de derechos y obligaciones de terceros que no son parte en la misma, se estaría vulnerando la abundante doctrina de las autoridades regulatorias que se citan en el referido Informe de Asesoría Jurídica. Esta conclusión no es la misma que extrae la Asesoría Jurídica de



dicha doctrina, porque el hecho de imponer condiciones a las partes que dependa de su eficacia de la voluntad de un tercero, no implica imponer condición alguna a ese tercero. En este sentido reiteramos lo ya expuesto por el Consejero Ponente en la Nota Interior a la que se ha hecho referencia anteriormente.

La conclusión de todo lo anterior en cualquier caso es que, si se aprecia que el único remedio posible para paliar un efecto anticompetitivo concreto⁷ es la modificación del marco regulatorio vigente con carácter general para todos los agentes del sector o sectores afectados, y dado que dicho remedio como acabamos de ver no puede ser acordado por el Gobierno como "condición", lo que procede es denegar la operación. Y ello es así, porque se justifica a lo largo de toda la Propuesta Original que las recomendaciones de las concretas reformas normativas sectoriales que proponen (cesión excedentes gas del Magreb, creación del mercado secundario de gas interno al sistema, modificación limitaciones legales destino gas de MEDGAZ entre otras) no se realizan de forma gratuita e innecesaria, ni siquiera a título de conveniente, **sino que se predicán, en el caso concreto que nos ocupa, con el carácter de imprescindibles para, junto con el resto de las condiciones propuestas, poder remediar los efectos anticompetitivos de la operación.**

Ahora bien, si el Voto Mayoritario ha decidido obviar dichas reformas regulatorias con una mera apelación a un debate en el futuro, es evidente que, al menos, esta CNE no puede recomendar cualquier condición. Debe atenerse a lo que la Ley y la doctrina jurisprudencial sobre la materia determinan sobre el alcance y contenido posible de dichas condiciones. Dichos contenidos los analizamos en el siguiente apartado.

⁷ Sirva como ejemplo, el derivado del efecto conglomeral que ya ha sido profusamente comentado en apartadosanterior.



Comisión

Nacional

de Energía

3.4.- Los límites a las condiciones que puede imponer el Gobierno y que, por tanto, han de guiar los límites de las propias recomendaciones de esta CNE. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre de 2.005 sobre Vía Digital y Sogecable.

La propia doctrina del Tribunal Supremo viene ratificando esta práctica, y muy recientemente ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, en su reciente sentencia de 7 de noviembre de 2.005, -citada por la propia Gas Natural en su audiencia de fecha 30 de Noviembre de 2.005 como doctrina sobre la naturaleza y alcance de las condiciones que pueden imponerse a la operación sobre la operación de fusión de Vía Digital y Sogecable-, en la que textualmente se señala lo siguiente:

“ I. La Exposición de Motivos de la Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia señala que, "la competencia, como principio rector de la economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa. La defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el art. 38 de la Constitución". (El subrayado es nuestro)

Debe quedar claro, por tanto, ya desde ahora que el establecimiento de condiciones y el derecho a la libertad de empresa recogido constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico no sólo no son incompatibles, sino que aquellas se establecen precisamente al servicio de dicho libertad de empresa derecho a la libertad de empresa constitucionalmente protegido. La misma Sentencia continúa declarando lo siguiente:



“Como indica la sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, "la LDC establece un conjunto de intervenciones de los poderes públicos para evitar aquellas prácticas y situaciones que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste (STC 88/1986, fundamento jurídico 4º). Y estas intervenciones, obvio es, inciden sobre las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles, ya que, como se dijo tempranamente en la STC 37/1981, fundamento jurídico 3º, toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el Derecho privado". Y añade, más adelante: "La defensa de la competencia constituye, a la vez, un presupuesto y un límite necesario de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, reconocida en el art. 38 CE. Como dijimos en la tan citada STC 88/1986 el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta - art. 38, inciso segundo- por parte de los poderes públicos supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria



defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste” (El subrayado es nuestro)

En definitiva, la doctrina jurisprudencial no puede ser más clara respecto a la naturaleza y prelación de los derechos en juego, que no se limitan al derecho de libertad de empresa exclusivamente del solicitante y promotor de la operación, sino que abarca y comprende también el derecho a la libertad de empresa del resto de los agentes y, en definitiva, del derecho de los ciudadanos a una competencia efectiva en los mercados como instrumento más adecuado para la provisión de bienes y servicios de la forma más eficiente posible.

Y la misma doctrina contenida en dicha Sentencia, define también el presupuesto objetivo que ha de concurrir para que el Gobierno puede ejercer una facultad que tiene naturaleza de potestad reglada:

“ En este marco constitucional, en el que debe incluirse también sin lugar a dudas el control de concentraciones, juega un papel decisivo la intervención de las autoridades de la competencia, cuya función es, conforme a los artículos 14 a 17 de la Ley de Defensa de la Competencia, la de verificar si el proyecto puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado por sus efectos previsibles o constatados, y, en caso afirmativo, o bien declararla improcedente si se demuestra que la restricción de la competencia es de tal intensidad que impedirá que en los mercados relevantes afectados por la operación se produzca una concurrencia real entre operadores, o bien declararla procedente si se llega al convencimiento de que a pesar de los efectos restrictivos, la concentración contribuye a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del



progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o "a los intereses de los consumidores o usuarios".

La interpretación conjunta de estos preceptos permite afirmar que una operación de concentración que produzca esos efectos beneficiosos puede ser autorizada, aunque restrinja la competencia, si tales efectos tienen importancia hasta el punto que la hacen conveniente a pesar de los efectos restrictivos. El establecimiento de condiciones iría dirigido, de un lado, a paliar los efectos restrictivos de la competencia en los mercados afectados por la operación, y, de otro, a facilitar que los efectos beneficiosos se hagan realidad. **En definitiva, en el desideratum beneficio/perjuicio, se opta por el primero, aún a conciencia de que el segundo se produce, si bien se repara con la adopción de determinadas condiciones,** que "compensen los efectos restrictivos" y a la vez garantizan que la operación aporte algo al progreso económico y social, a modo de equilibrio entre dichos factores." (El subrayado es nuestro)

En definitiva, la doctrina citada hasta ahora de la citada sentencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional que se transcribe no puede ser más nítida y acertada. Pero de ella resulta una primera complicación para sustentar la Resolución apoyada por el Voto Mayoritario: **no aparece ni se justifica en la Resolución cuáles sean los beneficios que compensan los perjuicios y, por tanto, facultan al Gobierno para aprobar con condiciones la operación.** Más bien puede deducirse con tal silencio lo contrario: que para esta CNE las supuestas sinergias alegadas son más que discutibles y que la operación no presenta ventaja alguna para el modelo energético español. Esta cuestión será objeto de un comentario final más exhaustivo en el Capítulo V de este Voto Particular.

Y mas adelante la misma sentencia también señala lo siguiente:

“En una **inicial apreciación** parece que entre las dos posibilidades que prevén los apartados b) y c) del artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia es menos restrictiva con la libertad de empresa la aprobación con condiciones que el rechazo frontal de la operación. Esta última únicamente cabe acordarla cuando a través de las condiciones sea imposible compensar los efectos restrictivos de la competencia. El determinar cuando se da esta imposibilidad y cuando no, así como cuáles sean las condiciones a aplicar en este último supuesto, es cuestión que corresponde al Gobierno, que en este campo actúa con criterios de discrecionalidad, pudiendo elegir entre diversas soluciones aquella que considere más adecuada a la consecución de los objetivos propuestos. Se trata, pues, de una apreciación subjetiva en que su criterio prevalece sobre las particulares opiniones de las partes, en la que los Tribunales no pueden intervenir, si no es a través de los mecanismos que el ordenamiento jurídico establece para el control de la discrecionalidad, y, en cualquier caso, sin que puedan sustituir ese contenido discrecional del acto, por así disponerlo el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional.” (El subrayado es nuestro).

Es decir, que parece que para el Alto Tribunal tampoco es una cuestión resuelta doctrinalmente si es más gravoso para la libertad de empresa protegida constitucionalmente el rechazo total de la operación o la aprobación con condiciones, porque sentencia la cuestión con arreglo a una “inicial apreciación”. Y es lógico que así sea, porque como hemos visto de la doctrina constitucional citada con anterioridad, el derecho a la libertad de empresa a proteger no se refiere en exclusiva al derecho del solicitante sino que abarca también al derecho de los demás. Por ello, cualquier valoración sobre si es mas gravoso para la libertad de empresa denegar la operación o autorizarla con condiciones exigirá un examen previo y en profundidad del caso concreto de que



se trate.

En el caso que venimos comentando al citar la referida sentencia, el Tribunal entiende, entre otras muchas razones, que era mejor aprobar con condiciones que persistir en la situación de exclusivas que estaba cerrando el mercado. Es decir, que la nueva situación generada con las condiciones era mejor para el mercado que la situación de partida. Pero dicha apreciación lo fue para ese caso concreto y para ese mercado concreto.

Y en ese sentido el Alto Tribunal en la misma sentencia sigue estableciendo una interesante doctrina cuando declara, a propósito de la discrecionalidad del gobierno para autorizar la operación con condiciones, lo siguiente::

“ Ello no significa que la discrecionalidad sea tan absoluta que permita la arbitrariedad, pues como señala la sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2002 (caso Prosegur/Blindados del Norte), "La validez, en principio, de esta modalidad de Acuerdos condicionados no excluye, como es lógico, el análisis de cada una de las condiciones impuestas, a fin de examinar la conformidad a derecho de su contenido". En el mismo sentido se manifiesta la sentencia de 9 de junio de 2000 (caso Unión Radio), al indicar que se trata de "un acto administrativo cuyo control jurisdiccional se atribuye en nuestro ordenamiento jurídico a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa".

El Gobierno, a través de la motivación del acto, bien directamente, bien mediante la remisión a los informes emitidos por los órganos competentes, expresará cuales han sido los criterios que ha seguido para tomar su decisión, y si de ellos se deduce que ésta no ha sido arbitraria, irracional o fundada en error manifiesto, no puede esta Sala declarar su invalidez. Es esta también la postura que en relación con los



acuerdos sobre concentraciones adoptados por la Comisión Europea ha mantenido el Tribunal de Primera Instancia en sus sentencias de 6 de junio de 2002 (apartados 26 y 32) y 30 de septiembre de 2003 (apartado 119). El primordial examen es, en consecuencia, **determinar si las medidas son, desde un punto de vista racional y no arbitrario, adecuadas para restablecer la competencia, o al menos suficientes para minimizar los efectos perjudiciales que la concentración produce en ella, y, si la operación puede redundar en beneficio de los consumidores. Si este objetivo se logra a través de las condiciones, hay que declarar la validez del acuerdo.** (El subrayado es nuestro)

Obsérvese que la expresada doctrina se refiere a una doble finalidad a la que deben estar las condiciones establecidas:

1º.- Que restablezcan la competencia o minimicen los efectos perjudiciales.

2º.- Que la operación redunde en beneficio de los consumidores si se acompaña de dichas condiciones.

Y para el control de legalidad de que las condiciones no sean arbitrarias ni irracionales se añaden también los siguientes requisitos de obligado cumplimiento:

“ IV. El control de concentraciones y la subsiguiente imposición de limitaciones tiende a evitar los irreversibles efectos anticompetitivos que de inmediato una operación de concentración implica con los consiguientes daños irreparables para el mercado. Es una institución claramente diferenciada, por un lado, de las prácticas anticompetitivas



art. 1 y, por otro, del abuso de posición dominante (art. 6) que se persiguen mediante el régimen de sanciones previsto en los artículos 9 y siguientes de la Ley. Por esta razón, no tienen fundamento los argumentos en los que se aduce que los controles "ex post" cumplen suficientemente la finalidad que las condiciones impuestas tratan de precaver, pues ello supondría desconocer la necesidad de una institución que actúa en forma preventiva para evitar los daños que se puedan producir al mercado, y que en la lucha "anti trust" ha sido implantada en las economías avanzadas desde la Sherman Act de 1890 y la Clayton Act de 1914, y que en el entorno europeo encuentra su reflejo en los artículos 85 a 94 del TCE. " (El subrayado es nuestro)

Con esta doctrina, aplicada analógicamente al ejercicio de la función 14ª, es muy difícil seguir sosteniendo lo sostenido por el Voto Mayoritario en la Resolución de fecha 8 de Noviembre pasado sobre esta misma operación de concentración, apelando a la conveniencia de los mecanismo ex post para la salvaguarda del modelo de actividades reguladas. Pero volviendo al caso que nos ocupa, seguimos citando la Sentencia que estamos comentando, para referirse ahora al alcance de las condiciones que puedan imponerse:

"Tampoco lo tienen los que mantienen la ilegalidad de los acuerdos porque no mejoran el "status quo" previo a la concentración. La finalidad del control de las concentraciones es la de evitar los efectos restrictivos de la competencia derivados de la concentración, pero no hacer desaparecer los límites competenciales ya existentes, generados normalmente en beneficio del primer entrante en compensación a su aventura de crear un mercado cuya potencialidad es ignorada en el momento inicial, y que puede incluso llevarle al fracaso. Bien es verdad que si además se consigue esa mejora, ello no será superfluo, pero en ningún caso podrá tacharse de irregular una condición que no persiga



Comisión

Nacional

de Energía

este objetivo, pues lo suyo es evitar que la restricción sea mayor a la existente, y no establecer elementos regulatorios que atenten contra la libertad de mercado, cambiando su funcionamiento normal. “ (El subrayado es nuestro)

La misma sentencia establece también a qué circunstancias concretas se esta refiriendo cuando determina que las condiciones sean las menos gravosas para la libertad empresarial:

“En aras a conseguir dicho objetivo el Consejo de Ministros indicó en su acuerdo que "se recoge la propuesta del Tribunal de Defensa de la Competencia relativa a la no traslación a los consumidores de los costes derivados de la operación y considerando necesario establecer algún mecanismo que garantice que las eficiencias derivadas de la operación de concentración analizadas por el Tribunal serán efectivamente trasladadas al consumidor, establece límites al incremento de los precios que cobre Sogecable a sus abonados durante los tres años siguientes a la operación. Con respecto a esta consideración es importante señalar que, si bien es claro que el control de concentraciones necesariamente se enmarca en un régimen de libre mercado, en el que las empresas son libres para tomar las decisiones empresariales que les corresponden y ello incluye la fijación de los precios para sus productos o servicios, también resulta claro que el control de concentraciones tiene precisamente por objeto valorar si existen razones legítimas de interés general que puedan justificar una reducción en el margen de decisión propio de las empresas en virtud de actos administrativos que les impiden o restringen el ejercicio de aquel derecho. Se hace, por tanto preciso determinar cuál es medio menos gravoso para la libertad empresarial de las empresas afectadas que permita garantizar el fin perseguido, que la mayor eficiencia productiva



derivada de la operación de concentración se transmite a la sociedad en la forma de una mayor eficiencia asignativa, sin reducirse el excedente de los consumidores o el bienestar general. **En este contexto es preciso garantizar que el inmediato refuerzo de la posición de Sogecable en el mercado de la televisión de pago y la capacidad competitiva comparativamente menor del resto de los operadores, que han entrado en el mercado con posterioridad y se encuentran por tanto en una fase previa de desarrollo, no se traduce en un deterioro de las condiciones en que presta sus servicios a los consumidores finales, sin que resulte operativo considerar limitaciones menos rigurosas para la libertad empresarial de las previstas en el acuerdo del Consejo de Ministros y, en particular, la fijación de un tope para el incremento de los precios cobrados a los consumidores finales** “ (el subrayado es nuestro)

Sin embargo, en el caso que nos ocupa parece que estamos precisamente en el caso contrario porque, no sólo esta CNE no ha recomendado medida alguna de limitación de precios, sino que el R.D. de Tarifas para el año 2.006 sigue incrementando la senda iniciada con las últimas reformas regulatorias del año pasado, de importantes incrementos de tarifas en el suministro de gas y electricidad. Y, tal y como se señala en el informe, existen problemas de posibles prácticas de abuso de posición de dominio en todos los mercados relevantes analizados, como consecuencia del efecto conglomeral o de integración vertical heterogénea. En este sentido, la subida de tarifas eleva el “techo”, en lugar de rebajarlo, para mitigar los evidentes riesgos detectados de subidas de precios por la nueva posición de dominio generada con la operación.

Por otro lado, bien claramente se establece en la escueta referencia que se realiza en el Informe de Asesoría Jurídica a la sentencia que resuelve el



Comisión

Nacional

de Energía

Recurso 65/2.003 que:

“...enfrentada a dos alternativas igualmente válidas y eficaces, la Administración ha de optar por la menos gravosa para los derechos de los particulares, garantizados que queden los intereses generales por una y otra. Se trata en definitiva, de hacer realidad la norma según la cual el contenido de los actos de intervención debe ser congruente con los motivos y fines que los justifiquen y, si fueran varios los admisibles, debe elegirse el menos restrictivo de la libertad individual”

En definitiva, es claro que dicha doctrina de total prioridad a la defensa de los motivos y fines a los que han de estar orientados el establecimiento de las condiciones. Y esos motivos y fines, según la sentencia del Tribunal Constitucional que se cita en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Noviembre de 1995, los define en relación con la libertad de empresa de todos, no sólo de la sociedad solicitante o promotora de la operación:

“...Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste” (El subrayado es nuestro)

Por último, la auténtica afectación a la libertad de empresa se produce, no desde una perspectiva abstracta, sino desde la perspectiva de la necesidad o no de las condiciones concretas impuestas y de su eficacia y viabilidad para poner remedio a las concretas restricciones a la competencia que genere la



Operación.

En el siguiente apartado vamos a tratar de sintetizar los requisitos que a nuestro juicio, deben concurrir en las condiciones que esta CNE pueda recomendar al Gobierno para la aprobación.

3.5.- La doctrina anterior y su aplicación al caso que nos ocupa.

En primer lugar, los requisitos y límites que deben observarse en la imposición de condiciones se establecen en garantía de los derechos y libertades de las propias partes implicadas en la operación, y en garantía de los derechos y libertades del resto de los agentes no implicados en la operación.

Los requisitos surgen del propio tenor literal de la ley de Defensa de la Competencia y de la doctrina que la ha venido interpretando. Entre ellas la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de Noviembre de 2.005.

A juicio de este Consejero la doctrina jurisprudencial concreta los principales requisitos que delimiten el alcance de las condiciones que pueden imponerse para autorizar un proceso de autorización. Dichos límites no se establecen para salvaguarda en exclusiva de los derechos y libertades de las partes implicadas en la operación, sino que se establecen para salvaguardar el equilibrio de todos los derechos y libertades en juego que son: por un lado los derechos de las partes implicadas en la operación, por otro lado los derechos y libertades de los agentes no implicados en la operación, y finalmente, los derechos y libertades de los consumidores y usuario, concretados en la salvaguarda del interés general de preservar el grado de competencia existente con carácter previo a la operación.



1º.- El primer y obvio requisito es que se hayan detectado problemas para la competencia, ya que de lo contrario procede la aprobación sin condiciones.

2º.- El tenor literal de dicho precepto permite autorizar la operación subordinándola *“...a la observancia de condiciones que aporten al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia”*. Lo que exige a su vez que se acrediten tales beneficios no bastando con su mera alegación por el interesado. Sobre esta cuestión volveremos en el Capítulo VI. Por lo tanto si no existe dicha compensación procede denegar la operación.

3º. No pueden imponerse condiciones que no sean posibles ni eficaces para garantizar los intereses generales amenazados. Este límite salvaguarda el interés general concretado en la necesidad de preservar la situación de competencia existente con carácter previo. Por ello, si las condiciones consideradas resultan no ser posibles o resultan no ser eficaces, lo que procede no es autorizar la operación sin condiciones, sino rechazar la operación sin condiciones.

4º.- No pueden establecerse condiciones que impongan obligaciones a terceros ajenos a la operación. Este límite salvaguarda los derechos de los Agentes no implicados en la operación. Por lo tanto, si las condiciones consideradas resultan no ser proporcionadas o resultan no ser eficaces, lo que procede no es autorizar la operación sin condiciones, sino rechazar la operación sin condiciones.

5º.- Entre varias condiciones idóneas para satisfacer dicho fin de salvaguarda del interés general, deben escogerse las menos restrictivas de la libertad empresarial. Este límite guarda relación con la salvaguarda



de los derechos de las partes implicadas en la operación puesto en relación con el interés general de que se preserve la situación de competencia existente con carácter previo. Por lo tanto, si las condiciones consideradas resultan no ser proporcionadas o resultan no ser eficaces, lo que procede no es autorizar la operación sin condiciones, sino rechazar la operación sin condiciones.

4º No pueden imponerse condiciones arbitrarias. Este límite salvaguarda todos los derechos implicados: los derechos de los ciudadanos encarnados en la salvaguarda de la situación de competencia previa, de los Agentes implicados en la operación y de los Agentes no implicados en la operación. La arbitrariedad se produciría si llegaran a proponerse **condiciones que no cumplan los cinco requisitos expuestos anteriormente**. Por lo tanto, si las condiciones consideradas resultan ser arbitrarias, lo que procede no es autorizar la operación sin condiciones, sino rechazar la operación sin condiciones.

5º. No pueden imponerse condiciones carentes de suficiente motivación.. Este límite salvaguarda también todos los derechos implicados: los derechos de los ciudadanos encarnados en la salvaguarda de la situación de competencia previa, de los Agentes implicados en la operación y de los Agentes no implicados en la operación. La motivación que justifica cada condición permite comprobar la adecuación o no de cada condición a la finalidad que se persigue y al cumplimiento de los requisitos anteriores, en definitiva, permite llegar a conclusiones sobre su posible arbitrariedad o no. Por lo tanto, si las condiciones consideradas carecen de posibilidad de motivación, lo que procede no es autorizar la operación sin condiciones, sino rechazar la operación sin condiciones.



Vamos a analizar con más detalle en los siguientes apartados cada uno de los requisitos referidos.

3.5.1.-No pueden imponerse condiciones que no sean posibles ni eficaces para garantizar los intereses generales necesitados de protección

Puede parecer ocioso el decirlo, pero en ocasiones se olvida que los límites a la imposición de condiciones no se establecen sólo en atención a los derechos de las partes implicadas en la operación. Como hemos expuesto sucintamente y de forma esquemática, hay intereses en juego de naturaleza pública (el interés general que ha de salvaguardarse), y privados (los de los agentes implicados en la operación y los de los agentes no implicados en la operación), que son objeto de legítima protección al establecer los requisitos que han de integrar los límites a la imposición de condiciones para autorizar una operación.

Por lo tanto, carecen de justificación aquellas apelaciones a la libertad de empresa de las partes implicadas en la operación como única o principal libertad o derecho a ser salvaguardado. Al fin y al cabo, ha sido en ejercicio de dicha libertad que han decidido poner en marcha un proceso de concentración que ha de ser objeto de autorización e, igualmente, en ejercicio de ese mismo derecho y libertad decidirán si aceptan o no las condiciones que se les impongan en su caso para autorizar la operación o desisten de la continuación del proceso. De todos los derechos en juego son, si cabe, los menos necesitados de protección en relación con los restantes ya que los terceros ajenos a la operación, ni han ejercido libertad alguna al ser planteada, ni tienen libertad alguna para decidir sobre su continuación o desestimiento y, por tanto, carecen de la más mínima libertad para aceptar o no cualquier condición que les pudiera afectar en cuanto terceros ajenos a la operación. Así mismo los intereses generales merecedores de protección, exigen previamente una definición adecuada.



Viene al caso la opinión del analista y abogado D. Julio Pascual expuesta recientemente en un artículo de opinión en un diario económico nacional, en los siguientes términos:

“...aunque cierto tipo de control de concentraciones es conveniente, su necesidad y rigor dependen de varios factores, entre lo que destacan el grado de desarrollo del país, la estructura del mercado, las barreras de entrada y la expugnabilidad de ese mercado. Es decir, creo que hay un conjunto de circunstancias que deben ser valoradas dinámicamente, con prudencia actual y visión de futuro lo que hace que controlar concentraciones sea oficio que exige vista larga y mano fina.

En este contexto me preocupa que la anunciada reforma del control de concentraciones en España haga bascular a favor del Gobierno capacidades hasta ahora residenciadas en el TDC. En efecto, actualmente el decisor último en materia de concentraciones es el Consejo de Ministros pero, como recordó el Tribunal Supremo en dos sentencias seguidas de hace tres años, si el Gobierno desea alejarse de las recomendaciones del TDC, habrá de justificarlo, y precisamente en términos de defensa de la competencia, porque es en su calidad de máxima autoridad en la materia como actúa en el control de concentraciones. En la anunciada reforma, sin embargo, se atribuye la decisión al TDC, pero reservando al Gobierno la facultad de veto en aras del interés general. Creo que la reforma no mejora la situación porque aunque yo personalmente prefiera que la decisión última en materia de control de concentraciones corresponda al Gobierno, creo obligado, como el Tribunal Supremo, que éste haya de pronunciarse con argumentos de defensa de la competencia y no interpretando un supuesto e inaprensible interés general.”

Desde esa perspectiva, el interés general a proteger lo constituye no sólo la situación de competencia preexistente a la operación (análisis estático) sino también la incidencia en la evolución del proceso de liberalización puesto



en marcha con las Leyes de 1.997 y 1.998 (análisis dinámico). Y en ese sentido ya adelantábamos en apartados precedentes que el daño que se causa a la coherencia interna del modelo regulatorio todavía vigente no es remediable con condiciones a la Operación, sino que exigiría un cambio de modelo regulatorio. Si dichos cambios se intentarán, con carácter general, por la vía de las condiciones se estarían imponiendo condiciones no válidas jurídicamente. La conclusión lógica es que, con el modelo regulatorio actualmente vigente, no se puede aprobar la operación.

Además de lo anterior, las condiciones deben ser posibles también desde una perspectiva no sólo jurídica, es decir, desde una perspectiva desde una perspectiva viabilidad física, técnica, económica, etc... de las mismas. En definitiva, de eficacia de la condiciones que se lleguen a imponer. Y de ello deriva una especial dificultad para un caso como el presente en que los problemas de competencia detectados afectan a todos los mercados relevantes analizados y son de naturaleza horizontal, vertical y conglomeral: la dificultad de identificación de las condiciones que puedan resultar más idóneas y adecuadas recuerda el famoso dicho popular de tratar de “ponerle puertas al campo”.

El tenor literal del art. 17 1 b) establece, como hemos visto, lo siguiente:

*“...Dichas condiciones podrán consistir, **entre otras**, en la obligación de transmitir ciertos negocios o activos o en la imposición de limitaciones...”*

Es decir, el Consejo de Ministros puede dictar cualquier tipo de condición orientada la finalidad perseguida, ya que el tenor literal del precepto se refiere a los tipos de condiciones más habituales (transmisión de activos y establecimiento de limitaciones) pero deja abierta la posibilidad de establecer otras condiciones de naturaleza distinta al emplear la expresión “entre otras”.



En definitiva, el abanico de condiciones posibles es abierto y, por lo tanto, amplísimo. Por ello sorprende que la decisión del Voto Mayoritario haya sido la de limitar y reducir las condiciones y remedios propuestos por los Servicios Técnicos, en lugar de ampliarlas y endurecerlas dada la gravedad del diagnóstico que se extiende a lo largo del Cuerpo de la Resolución.

Un problema añadido para la adecuada identificación de las condiciones idóneas es que en la Unión Europea las condiciones se ofrecen, mientras que en España las condiciones se imponen. En la Unión Europea la responsabilidad de agotar el análisis de posibles remedios a los problemas de competencia generados, y la formulación de remedios concretos para superarlos se deja a la iniciativa de las partes afectadas. ¿Es distinto el modelo español? Es posible que sea así, ya que la doctrina que viene aplicándose hasta ahora parece que traslada la responsabilidad de agotar ese análisis al propio regulador, y deja a las partes afectadas una posición más pasiva. ¿Hay razones para que siga siendo así, para que en el modelo regulatorio español, contrariamente a lo que ocurre en el resto de la Unión Europea, la responsabilidad de encontrar soluciones a los problemas creados por los implicados en una operación, permita a estos desentenderse de la búsqueda de los remedios adecuados y se traslade la responsabilidad de esa búsqueda al propio regulador?. No parece demasiado razonable. Quizás quepan otras interpretaciones posibles del modelo regulatorio español mucho más coherentes con la práctica seguida en la Unión Europea.

En opinión del Consejero que suscribe, no hay ningún elemento normativo de derecho positivo en el derecho de la competencia español que obligue al regulador a una búsqueda agotadora búsqueda de condiciones en el momento que detecta una operación con problemas de competencia. Una controversia similar ya tuvo ocasión el Consejero que suscriba de mantenerla en el Voto



Particular a la Resolución de esta CNE que resuelve sobre el ejercicio de la función 14ª en relación con la operación que ahora analizamos, pero referido al objetivo de preservar el modelo de actividades reguladas de riesgos significativos o efectos negativos directos indirectos derivados de la operación. Ya se ha citado escuetamente la cuestión en apartados precedentes y a ello nos remitimos.

Y creemos que dicha opinión es igualmente válida respecto a la cuestión que ahora se analiza en ejercicio de la función 15ª. El órgano administrativo competente para adoptar la decisión, debe someterse a un parámetro objetivamente apreciable para que operen los requisitos que regulan la naturaleza reglada de la función que se ejercita y de paso a la posibilidad de la decisión discrecional entre las distintas alternativas posibles. Entonces era la apreciación de efectos negativos, directos o indirectos, o riesgos significativos para las actividades reguladas, y ahora el presupuesto objetivo es de doble naturaleza: la comprobación de efectos anticompetitivos (ya que de lo contrario procedería la probación sin condiciones) y la existencia de beneficios para el interés general que compensen, con el establecimiento de dichas condiciones, los efectos anticompetitivos detectados.

Pero, tanto en uno y en otro caso, una vez constatadas y objetivada la concurrencia de dichos requisito objetivos de apreciación, el ejercicio de autorizar con condiciones o simplemente denegar, es potestativo para el órgano autorizante. En definitiva, no es obligatorio agotar, en mi opinión ni siquiera iniciar, la búsqueda de soluciones por parte del regulador. Porque en nuestra opinión son (o deberían ser) las partes implicadas en la operación quienes tienen la responsabilidad mayor y principal tanto de valorar el alcance anticompetitivo de su proceso de concentración, como de idear soluciones válidas y eficaces para ponerlas remedio. ¿Por que ha admitirse que las partes que libremente poner en marcha el proceso, se vean liberadas de ese ejercicio



de responsabilidad que es consustancial al propio ejercicio de su libertad de empresa.? En el ámbito del derecho privado sería inconcebible excluir al demandante del principio de predeterminación de las cuestiones objeto de debate, admitiendo como pedimento lo contenido en el Suplico, y dejando abierta y bajo la obligación y responsabilidad del juez encontrar los fundamentos jurídicos que sostienen dicha petición. ¿Es el derecho de la competencia derecho privado, derecho público o participa de la naturaleza de ambas ramas del derecho, como expresa la doctrina expuesta anteriormente? Y si es así, ¿por qué debe ser el regulador el que cubra las lagunas y deficiencias de la parte que planteó como beneficiosa una operación, y luego demuestra ser intensamente anticompetitiva, con el agravante de que el remedio planteado por la parte, según el Voto Mayoritario, empeora aún más la situación?. En algún momento habrá de exigirse a las partes que apelan a la libertad de empresa para que no le sean impuestas gravosas condiciones, que la responsabilidad que es inherente a dicha libertad exige realizar planteamientos realistas y leales respecto al objetivo que debería ser común a todos de resolver los problemas de competencia que pueda crear una operación concreta, proponiendo para ello desde el inicio los remedios que estima adecuados para resolver la situación. Salvo, claro está, que lo que se pretenda sea precisamente lo contrario: adquirir una posición de dominio inigualable con la esperanza de que el regulador no acierte con los remedios que pudieran llegar a evitarla o si acierta, apelando a su derecho a la libertad de empresa para que no le sean impuestos.

Por otro lado, en el caso que nos ocupa se da la circunstancia de que las partes implicadas en la operación tienen intereses opuestos. Los gestores de cada una de las Compañías, cada uno de ellos en legítimo ejercicio de la libertad de empresa de cada una de las empresas afectadas por la operación, entienden que la salvaguarda de su libertad de empresa se obtiene:



- En el caso de ENDESA, rechazando una operación que es perjudicial para ENDESA y para la competencia.
- En el caso de GAS NATURAL, aprobando una operación que es buena para GAS NATURAL y para la competencia.

Ahora la siguiente pregunta es, ¿cómo se aplica la doctrina sobre las condiciones menos gravosas para la libertad de empresa de la parte implicada en la operación?. En el caso que nos ocupa, ¿que libertad de empresa ha de considerarse?, ¿la de GAS NATURAL?, ¿la de Endesa?. Porque si se aplica una condición leve para Gas Natural resulta ser muy gravosa para ENDESA, que rechaza las supuestas bondades de la operación. Ahora bien, si es gravosa para GAS NATURAL es leve para Endesa? Parece que tampoco, porque lo auténticamente no gravoso para el interés de esta última es que no se autorizara la operación, facultad perfectamente legítima una vez detectados los problemas de competencia como hemos visto anteriormente.

Es decir, que en una operación en que las partes concurren a un proceso de concentración sin acuerdo previo entre ellas, el Gobierno debe velar en primer lugar por los intereses generales como hemos visto, por los intereses sectoriales de los agentes no implicados como hemos visto, y después, quizás sea de sentido común que por el derecho del agente implicado sin quererlo ni desearlo, en este caso, de ENDESA. Por esa razón entiende el Consejero que suscribe que, acreditado el presupuesto objetivo que permite la denegación (existencia de efectos restrictivos de la competencia) aplicando la doctrina de las **condiciones** menos gravosas de entre las idóneas posibles desde la perspectiva constitucional contenida en la Sentencia que ya se ha comentado con anterioridad, debe entenderse como la menos gravosa para el derecho constitucional de libertad de empresa entre las **alternativas** posibles. Y esas alternativas son de forma abstracta: o no autorizar o autorizar con condiciones.



Pues bien, el interés legítimo de ENDESA, -una vez comprobado que se da el presupuesto objetivo de existencia de problemas de competencia-, su legítima libertad de empresa a guiar el destino y curso empresarial sin que haya de ceder a criterios ajenos, debe ser salvaguardada ante las dos alternativas idóneas para proteger el interés general (supuesto que se considera idónea y eficaz la autorización con condiciones)? Y ello debe ser así porque no son comparables el grado de lesividad que se deriva según cual es el carácter de la decisión para cada una de las compañías aceptadas por la operación.

Si llegara autorizarse y triunfara la OPA, la compañía Endesa desaparece. Es difícil imaginar una consecuencia más gravosa para las libertades de una persona, sea física o jurídica, que su propia desaparición.

Si llegara a no autorizarse la operación, -el peor de los escenarios para GAS NATURAL-, es que todo quede como estaba antes.

Por ello, la laguna o falta de acierto en que incurre la parte promotora de la operación al no detectar problemas de competencia y al proponer "remedios" que empeoran más la situación, no debería ser suplida por una actividad en exceso orientada por parte del regulador a salvaguardar la viabilidad de la operación mediante la búsqueda de remedios no propuestos por la parte. Porque de hacerlo así se estaría velando en exceso por la libertad de empresa de la solicitante, pero muy poco por la libertad de empresa de la compañía que se opone a dicha operación por considerarla lesiva para la propia Compañía y para el interés general necesitado de protección.

Por lo tanto, en una situación como la presente, el papel del regulador debe ser equidistante de las legítimas pretensiones de una y otra Compañía, y por ello, la búsqueda de condiciones que agoten el posible elenco de remedios que



minoren los efectos anticompetitivos de la operación debe guardar relación con el número e intensidad de los efectos anticompetitivos detectados.

En el caso que nos ocupa, no parece razonable que aún con todos los problemas detectados, que afecta a la propia coherencia interna del modelo y a todos los mercados relevantes analizados, se considere menos lesivo para la libertad de empresa autorizarla con condiciones que no autorizarla. Pero todavía esa conclusión puede ser más contundente si no se dan realmente las dos alternativas, es decir, si las condiciones finalmente impuestas no resuelven los graves problemas de competencia detectados en la operación. Procede por ello, entrar a analizar ahora en los siguientes apartados si concurren los requisitos exigidos para que puedan considerarse válidas y eficaces las condiciones propuestas por el Voto Mayoritario.

3.5.1.1.-Respecto al requisito de que las condiciones sean válidas y posibles.

Respecto a su validez legal, ya hemos expuestos los requisitos que han de concurrir. Pero ya hemos visto también cómo según la interpretación que se viene dando de la normativa española, en nuestro modelo se hace recaer en el regulador la responsabilidad de la búsqueda del posible elenco de condiciones a imponer (tesis muy discutible, en opinión del Consejero que suscribe, como ya expusimos anteriormente). Pues bien, **a pesar del loable e imaginativo esfuerzo realizado por los Servicios Técnicos para remediar la situación con imposición de condiciones, no han podido evitar llegar a la conclusión de que no es posible remediar los efectos anticompetitivos de la operación exclusivamente con imposición de condiciones, y por ello aconsejan determinadas y concretas reformas regulatorias para minimizar alguno de sus efectos.** En el correspondiente apartado realizaremos un



análisis pormenorizado del grado de legalidad y eficacia de los remedios propuestos

3.5.1.2. Respecto al requisito de que sean eficaces.

El requisito de la eficacia de las condiciones añade la dificultad de controlar “a posteriori” la eficacia de las condiciones impuestas y su relación con los efectos producidos al conjunto del sistema.

El ya citado Profesor Julián Barquín Gil se refiere a esta cuestión en el artículo de opinión que hemos traído a colación en otros apartados de este Voto Particular. Y lo hace con grandes dosis de sentido común , al afirmar:

“Pero se argumentará que muy a menudo la respuesta de la autoridad no es ni sí ni no, sino un si pero...haga usted esto o lo otro, es decir, aplique una serie de medidas que eviten los posibles efectos anticompetitivos. Cierto, pero es que es fácil también cometer errores al aplicar estos remedios. En primer lugar, no hay que esperar demasiada cooperación de parte de las compañías involucradas. Por ejemplo, si la condición es una desinversión de activos (una alternativa popular), procurarán vendérselo al competidor menos peligroso, que normalmente no será un entrante agresivo. En segundo lugar, estos remedios pueden facilitar la aparición de colusión. Esto es especialmente cierto si los remedios aumentan el parecido de las empresas que operen en el mercado: es más fácil ponerse de acuerdo con los iguales. Es decir, las desinversiones no deberían crear empresas más similares. Y finalmente, la misma ignorancia que puede aconsejar el empleo de remedios hace que no esté siempre clara la efectividad de los mismos. Por lo tanto, **el regulador debería, ante una fusión o adquisición en el sector eléctrico, ser pronto en el no y tardo en el sí.** ¿Qué en la mayor parte de los demás sectores económicos los requerimientos son menores?. Pues naturalmente...”



¿Cumplen las condiciones o remedios impuestos por el Voto Mayoritario los requisitos de eficacia, viabilidad y probabilidad de su cumplimiento que cabe esperar de tales remedios y, de no ser así, cual será el coste para el conjunto de los consumidores?

3.5.2.- Que, entre varias idóneas para salvaguardar el fin público que se trata de satisfacer, se opte por la menos gravosa para el particular.

Así, tal y como señalábamos anteriormente, en el Informe Asesoría Jurídica, el Tribunal Supremo en la Sentencia recaída en el Recurso 65/2.003, determina que “...**enfrentada a dos alternativas igualmente válidas y eficaces**, la Administración ha de optar por la menos gravosa para los derechos de los particulares, garantizados que queden los intereses generales por una y otra. . Se trata, en definitiva, de hacer realidad la norma según la cual el contenido de los actos de intervención debe ser **congruente con los motivos y fines que los justifiquen** y, **si fueren varios los admisibles**, debe elegirse el menos restrictivo de la libertad individual”.

Es decir que el juicio de proporcionalidad debe referirse a la **congruencia con los motivos y fines que justifican la intervención administrativa sectorial concreta**. En este sentido, no es necesario volver a explicar las razones que convierten el proceso de liberalización del sector eléctrico y gasista en España en un fenómeno singular y especial, y **dicha singularidad y especialidad se proyecta también sobre el alcance de la intervención del regulador en este sector, que debe ser mucho más intensa que en otros sectores** precisamente para seguir haciendo posible la transición gradual de un sistema de monopolios a un modelo de libre competencia.

Así, tal y como se señala en el Informe Asesoría Jurídica, el Tribunal Supremo en la referida Sentencia recaída en el Recurso 65/2.003, determina que



“...enfrentada a dos alternativas **igualmente válidas y eficaces**, la Administración ha de optar por la menos gravosa para los particulares, **garantizados que queden los intereses generales por una y otra...**” (El subrayado es nuestro)

Es decir, la propia doctrina que se cita deja claramente expresado que el bien jurídico protegido en primer lugar son los intereses generales, y que las condiciones han de ser válidas y eficaces. La elección entre varias alternativas válidas y eficaces, tiene como prioridad por tanto el criterio de respetar la libertad de empresa, pero garantizando previamente el criterio de garantizar los intereses generales. Si no es posible encontrar más remedios válidos y eficaces que aquellos que puedan constituir restricciones muy gravosas para los particulares, estos deben imponerse sin duda alguna para salvaguardar el interés general puesto en riesgo. Y si los riesgos son de tal naturaleza que no pueden ser remediados mediante condiciones válidas y eficaces, procederá denegar la Operación, que es la más gravosa para el particular pero la única en ese caso realmente eficaz para salvaguardar el interés general puesto en riesgo.

Por otro lado, cada condición obedece a la necesidad de reparar un efecto anticompetitivo concreto. Por esa, **las condiciones “alternativas” para que puedan considerarse realmente tales deben serlo respecto a dicho efecto concreto** y no genéricamente respecto a la operación en su conjunto, con carácter abstracto. Sólo partiendo de dicho supuesto es posible la elección entre diferentes alternativas o condiciones en términos de igualdad en cuanto a su eficacia y viabilidad para mitigar los efectos negativos para la competencia. Sólo en el caso de que se puedan dar dos condiciones alternativas para solucionar un problema concreto detectado, y las condiciones alternativas sean igualmente válidas y eficaces para resolver o mitigar dicho problema, es



cuando entra en juego el criterio de elección de aquella alternativa que sea menos gravosa para el particular.

Del acierto o no del regulador en esa elección de posibles condiciones alternativas surge el juicio sobre la proporcionalidad o no de las mismas al fin perseguido de salvaguarda de los intereses generales amenazados.

En el caso que nos ocupa, y como ya hemos relatado en el Capítulo precedente, los efectos anticompetitivos son de gravedad: tanto por efecto conglomeral, -el más pernicioso-, como por el agravamiento de los problemas de concentración horizontal y vertical ya existentes con carácter previo. El efecto anticompetitivo afecta además a todos los mercados relevantes analizados eléctricos y gasistas. Y finalmente, pone el riesgo el propio diseño regulatorio vigente y condiciona el resultado del debate regulatorio futuro. A la vista de la gravedad de estos efectos, ¿pueden considerarse proporcionadas a la situación las medidas propuestas en la Resolución adoptada por el Voto Mayoritario?. En nuestra opinión la respuesta es claramente negativa. **Como comentaremos en el apartado oportuno, las condiciones propuestas y el aplazamiento al futuro de las reformas regulatorias que exigían los Servicios Técnicos, son totalmente desproporcionadas, -por su levedad e insuficiencia-, respecto a la gravedad de los problemas detectados.**

Analizaremos ahora el interés objeto de protección del derecho y libertad de los terceros agentes no implicados en la operación. Lo comentamos en el siguiente apartado.

3.5.3.- No pueden imponerse que impongan obligaciones para terceros Agentes ajenos a la operación.



Tiene razón el Informe de Asesoría Jurídica en la cita de la doctrina aludida para justificar el referido requisito, pero yerra absolutamente en la aplicación de dicha doctrina la caso que nos ocupa.

El Gobierno puede denegar la operación si aprecia efectos anticompetitivos, pero no tiene una posibilidad ilimitada de imponer condiciones en la búsqueda de remedios que intenten paliarlos.

Ya hemos comentado anteriormente como el art. 17 1 b) establece claramente que el Gobierno si puede establecer, por la vía de la condiciones, limitaciones o restricciones que excedan las existentes con carácter general en la legislación sectorial. Pero también argumentábamos como sólo puede hacerlo respecto a las partes implicadas en la operación, pero no para terceros ajenos a ella.

Recordemos que, ante el informe de Asesoría Jurídica, la Propuesta Modificada insiste en la necesidad de adoptar las medidas concretas que define como “cambios regulatorios” y las considera consustanciales a la propia operación para que ésta pueda ser autorizada. Así, en la Propuesta Modificada se añade un Capítulo 10 dedicado exclusivamente a las propuestas de cambio de la legislación sectorial y, previamente, en el Capítulo 9 dedicado a las conclusiones y a las condiciones que se recomiendan, se resume el diagnóstico realizado con expresiones como las siguientes:

“La exposición se realiza de manera sistemática para cada uno de los mercados relevantes anteriormente definidos y examinados, señalando en primer lugar las conclusiones del análisis referido a cada mercado, y en segundo lugar las condiciones y remedios. *En el presente Capítulo 9 se recogen las condiciones a incluir en el Acuerdo del Consejo de Ministros, mientras que en un capítulo aparte, el capítulo 10, se agrupan*



aquellas recomendaciones de **cambios regulatorios que junto con las condiciones**, restablecerán el nivel de competencia previo a la operación.” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la adición realizada a la Propuesta Original tras el Informe de Asesoría Jurídica).

Más adelante se vuelve a insistir en al Propuesta Modificada en la misma idea cuando se afirma textualmente:

“La primera conclusión que cabe anticipar con carácter previo a la exposición detallada de las conclusiones referidas a cada mercado es que esta Comisión considera que la celebración de la operación de concentración examinada en el presente informe podría tener como efecto la obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva, si bien tal efecto podría ser paliado mediante la subordinación de la aprobación de la operación a la observancia de determinadas condiciones, acompañándolo de modificaciones normativas.” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la modificación añadida a la Propuesta Original tras el Informe de Asesoría Jurídica).

De la misma forma, más adelante, se sigue diciendo en la referida Propuesta Modificada, lo siguiente:

“En este caso, ante la entidad de la operación (concentración del primer operador en todos los mercados de gas y del primer operador en la casi totalidad de los mercados de electricidad) y la gravedad de los problemas de competencia suscitados, sólo una adecuada elección de condiciones, algunas de carácter estructural, y modificaciones normativas puede paliar dichos problemas, pues otro tipo de medidas de comportamiento resultarían manifiestamente insuficientes para tal



Comisión
Nacional
de Energía

objetivo.” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la modificación añadida a la Propuesta Original tras el Informe de Asesoría Jurídica)

Y también:

“Atendiendo a lo anterior, a continuación se exponen las conclusiones del análisis de cada mercado y las condiciones **y recomendaciones de modificación normativa (éstas últimas en el Capítulo 10)** necesarias, a juicio de la CNE, para permitir la aprobación de la operación.” (La cursiva y el subrayado es nuestro para resaltar la modificación añadida a la Propuesta Original tras el Informe de Asesoría Jurídica)

Es decir, las opiniones del Informe de Asesoría Jurídica han resultado muy clarificadoras porque han reafirmado a los técnicos firmantes de la Propuesta de Resolución en la tesis de que **las propuestas de modificaciones normativas forman parte integrante e indisoluble del paquete de remedios que proponen para restablecer el nivel de competencia al existente con carácter previo a la operación.** A “sensu contrario”, siguiendo el tenor literal de las expresiones que han sido transcritas, en la Propuesta Modificada claramente se está señalando que **si dichas medidas no se adoptan ni recomiendan como acompañamiento integral del paquete de remedios propuesto no puede permitirse la operación.**

Pues bien, precisamente esto último es lo que ha hecho el Voto Mayoritario, al suprimir las propuestas regulatorias concretas y determinadas que a juicio de los firmantes de la Propuesta Modificada eran y son necesarias para permitir la operación. Eran las contenidas en dicho Capítulo 10 cuyo texto se sustituye ahora en la Resolución por el siguiente:



“10.-CONSIDERACION FINAL

El análisis de la OPA de GAS NATURAL sobre ENDESA **plantea numerosos problemas regulatorios detectados a lo largo del informe que afectan al funcionamiento de los mercados.**

En el marco de las reflexiones y análisis de la propuestas planteadas por el “Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorias de la generación eléctrica en España”, la CNE elevará al Gobierno **propuestas regulatorias sobre las cuestiones puestas de manifiesto que contribuyan, entre otros objetivos, junto con las condiciones propuestas, a mitigar los problemas de competencia detectados en gas y electricidad.**

(Pag. 345 de la Resolución). (El subrayado es nuestro)

De esta forma se altera por completo la auténtica naturaleza y finalidad de la redacción dada al Capítulo 10 en la Propuesta Modificada, pretendiendo que contenía meras recomendaciones de conveniencia de reformas regulatorias predicables al conjunto del sector con carácter general, cuando acabamos de ver que eran remedios concretos, necesarios y orientados a resolver problemas de competencia específicos y concretos detectados en la operación.

Es decir se confirma el peor escenario de los posibles para la competencia efectiva en el sector y para la adeudada evolución del proceso de liberalización. Se autoriza la operación pero se dilatan y aplazan los remedios que se contenían en dicho Capítulo 10, englobándolos en las reformas sectoriales que podían llegar a paliar los efectos anticompetitivos, difiriendo su estudio y aplicación al conjunto de reformas sectoriales pendientes. Precisamente esta



situación es la que trató de evitar el Consejero que suscribe al plantar su Enmienda al Capítulo 10⁸ con una doble finalidad:

1º.- Por un lado dejar claramente definido que algunas de las recomendaciones que se califican como reformas regulatorias, en dicho capítulo 10, no son en realidad tales, sino que pueden aplicarse perfectamente a las partes implicadas en la operación como condiciones que acompañan a la autorización. En particular señalaba sintéticamente el Consejero Ponente Sr. Sierra en la Nota Interior que ya se ha comentado y en las Enmiendas derivadas de ella, que fueron apoyadas por este Consejero que suscribe.

2º.- Por otro lado, respecto a aquellas medidas que son realmente propuestas de reforma del actual marco sectorial, y para el supuesto de que el Voto Mayoritario llegara a acordar la autorización de la operación en todo caso, se impusiera al menos una condición suspensiva de la autorización.

Como acabamos de ver, no todas las exigencias de cambios normativos que se citaban en la Propuesta Modificada exigen realmente un cambio con carácter general de la regulación sectorial para ser aplicables a la operación, pero si algunos de ellos:

1.- Lo exige la medida de creación de un mercado secundario diario de gas (que hemos comentado anteriormente).

2.- Lo exige la desaparición de las limitaciones al destino del gas aprovisionado al sistema español a través de la conexión Proyecto MEDGAZ y el cambio de las especificaciones sobre el diámetro.

⁸ SE acompaña texto completo de nuestra Enmienda ha dicho Capítulo 10 en el Anexo que se incorpora al presente Voto Particular



3.- Lo exige el destino del excedente del gas del Contrato del Magreb a terceros, una vez cedido este a ENAGAS (lo que si era posible como condición aplicable las partes).

4.- También exige una modificación normativa, -y de gran calado y consecuencias imprevisibles para el futuro del modelo-, la exigencia de cambio normativo para obligar a la separación de propiedad entre las Compañías distribuidoras y comercializadoras.

Dichos remedios propuestos para acompañarlos junto con las condiciones entiende este Consejero que exigían una reforma regulatoria previa y por ello, no permitían la aprobación de la operación. Afectaban además a la cuestión esencial del aprovisionamiento de gas y su efecto en el mercado mayorista de electricidad y en los minoristas de gas y electricidad, que ya se explicaron con detalle en apartados precedentes.

Sin embargo, como alternativa subsidiaria, en la Enmienda que presentó este Consejero a dicho Capítulo 10 se incluía la posibilidad de aprobar con condición suspensiva. De esa forma, aun autorizada la operación, los efectos negativos no se producían y quedaban en suspenso en cuanto a su ejecución hasta que se aprobaran previamente las medidas regulatorias concretas propuestas por los Servicios Técnicos, previo debate por los cauces legales oportunos de las posibles consecuencias de tales medidas para el conjunto regulatorio del modelo español.

De esa forma, aunque no es la idónea, podían llegar a salvarse los obstáculos legales expuestos hasta ahora como remedios concretos para la cuestión del aprovisionamiento y, al mismo tiempo, no se ponía en riesgo un deterioro irreversible de la competencia mientras se seguía el procedimiento legalmente



habilitado para dichas reformas normativas. Pero nos e aceptó dicha posibilidad por el Voto Mayoritario.

En definitiva, todos los problemas de naturaleza legal y de falta de remedios eficaces par contener los efectos anticompetitivos de la operación, se aumentan y engrandecen con lo acordado por el Voto Mayoritario.

El texto finalmente aprobado para el Capítulo 10 es la más clara demostración de que la operación no puede ser aprobada en la actúales condiciones, porque se generarán problemas con ella que sólo podrán tener adecuada solución en el contexto de una reforma sectorial.

Quizás haya quién piense que puede ser una excelente oportunidad para acometer las reformas pendientes y un magnifico pretexto para hacerlo de forma audaz y efectiva. Pero lamentablemente no puede compartirse dicha opinión, porque para el resultado final del debate regulatorio pendiente no es neutral el que dicho debate se produzca con una operación de concentración previa o sin operación de concentración previa. Si el debate se produce con operación de concentración ya realizada y lo enmarca, está claro que el diseño estratégico del modelo vigente desaparece: el incremento gradual pero seguro, pasa a experimentar un enfoque de grandes campeones nacionales integrados como conglomerado. La medidas regulatorias para hacer posible la competencia en un escenario con un campeón nacional son muy diferentes a las necesarias en un escenario que, aunque con excesiva concentración horizontal aun, evolucionaba favorablemente hacia unos menores índices de concentración estructural.

Las medidas basadas en una estrategia de dinámica competitiva asimétrica entre los agentes incumbentes eléctricos y los gasistas (con un grado de integración conglomeral bajo pero suficiente para inducir dichas dinámica



competitiva) tampoco son las mismas que en un escenario de elevadísimo grado de concentración conglomeral y simetría y alineamiento estratégicos entre todos los agentes, que lo eran de gas o de electricidad, que pasan a ser todos ellos de gas y electricidad (por efecto del proceso de desinversiones que se va a poner en marcha).

En definitiva, el aborto del actual proceso de liberalización puede ser un aborto provocado o inducido por la propia operación para dar lugar a una nueva cobertura regulatoria que no tenga nada que ver con la anterior. Habrá que esperar y ver, pero la decisión adoptada, y las últimas reformas ya comentadas no invitan a aguardar con un especial optimismo el sentido último de dichas reformas.



Lo que desde luego debe quedar meridianamente claro es que, de aprobarse finalmente la operación, no podría aplicarse a la nueva situación la filosofía liberalizadora que ha venido guiando el proceso hasta ahora. En un escenario totalmente nuevo, con un “campeón nacional” con elevadísimo efecto conglomeral, mantener los principios del modelo regulatorio anterior sería tanto como dejar al monopolista actuar con libertad en un contexto de competencia que realmente no podría producirse por el poder de mercado de aquel. Por ello, es previsible que las medidas regulatorias adecuadas a la nueva situación nos retrotraigan a los tiempos de los monopolios imperfectos de titularidad privada y al llamado Marco Legal Estable, caracterizado por precios garantizados para los Agentes y elevados para los consumidores. Y esta posibilidad no es fruto de la libre imaginación del Consejero que suscribe sino que está sustentada por prestigiosos académicos y analistas que así lo han expresado públicamente. Traemos ahora aquí dos de ellas como simple botón de muestra de cuales pueden ser los términos del próximo debate regulatorio.



Así, en opinión del Dr. Gaspar Ariño la cuestión puede plantearse en los siguientes términos:

“La cuestión que hay que plantearse para juzgar la bondad/maldad de la OPA) es sencilla y podría formularse así: ¿A dónde queremos ir?; ¿cuál es modelo de sector eléctrico en el que creemos y al que queremos llegar?; ¿Qué modelo empresarial y de mercado, qué modelo de regulación, que modelo de explotación? Si no sabemos esto resulta, resulta muy difícil juzgar racionalmente estas operaciones de concentración” Gaspar Ariño (Expansión. 29 set. 2005. “Sector Eléctrico: teoría de la razón veraz”)

“Los resultados de la reforma después de casi ocho años no son brillantes pero si esperanzadores. Hoy tenemos empresas más eficientes y un mejor servicio a un precio más barato, aunque ello no ha sido fruto de la competencia sino imposición de la autoridad. Se trata ahora de ver si es posible obtener esos mismos resultados respetando las reglas y principios que aprobamos en la ley y que decimos defender. Pero no es una tarea fácil.”

“El Reino Unido ha multiplicado el número de operadores, ha regulado coactivamente las transacciones cuando lo ha considerado necesario, ha abierto sus puertas a la inversión extranjera y ha renunciado a una política de “campeones nacionales”. Todo lo contrario de lo que han hecho hasta ahora Francia, Italia, Alemania, Portugal, Grecia o Bélgica (también a su modo Holanda), -es decir, casi toda Europa-, que han blindado sus empresas, han cerrado sus redes y sus mercados, permitiendo sólo simbólicas presencias de otros operadores.”

“¿Y donde estamos nosotros.? Pues nosotros estamos en medio de una gran contradicción. Aprobamos en su día una ley en la que se consagraba formalmente una serie de libertades (libertad de entrada, de acceso al mercado, de inversión, de ofertar libremente cantidades cada día al mercado al por mayor, libertad de comercialización. Pero luego todas estas libertades no se han tenido en realidad”



Respetando la opinión del citado académico, quizás sea exagerado concluir que las libertades que otorgaba la legislación realmente en la práctica no se han tenido. Mas bien lo que viene ocurriendo es que como en todo proceso de reforma y transición, han existido resistencias a los cambios que han obligado a la intervención constante de la autoridad para ir venciénolas: lagunas legales, insuficiencia de infraestructuras y de capacidad, problemas técnicos, resistencia de autoridades locales a otorgar permisos, incremento de precios en mercados internacionales, retraso en interconexiones internacionales, etc...En definitiva, es cierto que las libertades consagradas en el modelo se han podido ejercer con menor intensidad que la que hubiera sido deseable, pero es innegable que se han ejercido y que la liberalización ha avanzado hasta colocarnos a la cabeza de Europa, sin que por ello se haya resentido la garantía del suministro (cosa que si ha ocurrido con la “experimentación” practicada en otros países y con las sucesivas reformas y contrarreformas aplicadas). Hay que seguir avanzando y profundizando en la liberalización, pero puede constituir una exageración afirmar que “las libertades, -la liberalización-, no se han tenido en realidad” y, por exagerado, el diagnóstico nos puede llevar a recetas totalmente desacertadas para la enfermedad detectada. En ese sentido, la disyuntiva que se plantea por el referido profesor es radical y sin matices:

*“Por ello, plantea (El LIBRO BLANCO) la conveniencia de autentificar el modelo legal, de hacerlo realidad si es que se quiere mantener, mediante una serie de medidas que afectan al mercado de generación, al transporte y a la generación del sistema en el futuro. Ahora bien esto exige una **previa** decisión de política económica, industrial y regulatoria, que el Gobierno, visto lo visto, tendría que plantearse. Aquí es donde hay que apelar a la razón veraz. ¿Queremos realmente, porque creemos en él, ese modelo maximalista de competencia hasta ahora predicado o no creemos en él ni creemos que ello sea lo mejor para España en el momento actual?. Este es un tema, -repito-, que Gobierno y*



empresas tendrán que replantearse a la hora de decidir las operaciones de concentración anunciadas. No se pueden seguir esgrimiendo argumentos y razones que conducen en una dirección y luego avanzar en la dirección contraria. Si se entiende que la competencia no es fácil en el sector eléctrico y que esta nunca será lo que es en los mercados de productos, -no se pueden pedir peras al olmo-, entonces se debe renunciar a escenarios que sólo muy pocos países en el mundo se pueden permitir, por su educación, por su desarrollo tecnológico, sus recursos naturales o su cultura política.

“¿Y que decir del marco regulatorio europeo? Este tiene unas aspiraciones desmedidas a la construcción de un mercado único de la electricidad que por ahora son sólo un buen deseo. Se da en él la misma contradicción: se predica, por un lado la competencia y el mercado, pero se practica una política de campeones nacionales y de monopolios/oligopolios descarados con empresas estatales como EDF, ENEL, ENI o EDP. Competir con ellas es un engaño. Ahora bien, si se piensa que todo ello es así y va a seguir siéndolo; si se prefiere también para España un mercado eléctrico de pocos y grandes operadores, poco competitivo (aunque algo) pero industrialmente fuertes, con capacidad de expansión internacional, entonces no podemos seguir entonando cantos a la liberalización, pidiendo que el Estado renuncie a sus poderes de intervención y que el precio de la energía lo fije el mercado; porque éste, sencillamente, no es de fiar. Habrá que aceptar entonces un mercado regulado, en sus ofertas, en sus precios y en su gestión. Esto es lo que entiendo por razón veraz.”

Por otro lado, la tesis aparentemente contraria es defendida públicamente en España por el Dr. Julián Barquín Gil, como integrante de un grupo académico que engloba a los profesores Lars Bergman, de la Escuela de Económicas de Estocolmo (Suecia), Claude Crampes, de la Universidad de Toulouse (Francia), Jean-Michel Glachant, de la universidad Paris XI (Francia), Richard Green, de la Universidad de Birmingham (Reino Unido), Cristian Von Hirschhausen, de la Universidad de Tecnología de Dresden (Alemania), Francois Lévêque, de la



Escuela de Minas de París (Francia) y Steven Stoft (Berkeley, EE.UU.). Así para el expresado profesor caben la siguientes conclusiones:

“La competencia no va a ser mayor si cada país de Europa crea a su propio campeón (o sus dos campeones) en gas y electricidad, sino que más bien debemos esperar una disminución de la misma y un retraso en la construcción del mercado interno. Y ello por tres razones:

La primera razón tiene que ver con el fortalecimiento de las barreras de entrada a nuevos competidores. En efecto, esencialmente hay dos formas de procurar la existencia de competencia efectiva. La forma directa es dividir los activos de producción entre un número elevado de compañías, de forma que ninguna pueda influir en el precio de forma significativa. Esta forma tradicional suele ser, en realidad, poco realista en el mercado de la electricidad o el gas, dominado por un número pequeño de grandes compañías. La forma indirecta es la amenaza de entrada: contener a los oligopolios existentes mediante la posibilidad de que nuevos competidores entren en su mercado si suben demasiado los precios.

En el mercado eléctrico, en el que la posibilidad de importar electricidad es limitada debido a la debilidad de las interconexiones eléctricas (en el caso de España, en el que la punta de demanda es de unos 40GW, la capacidad comercial total con Francia es del orden de 0,1 GW), el nuevo entrante típico sería una compañía que quisiera construir una central de gas: la tecnología más eficiente en el momento actual. Si la compañía de gas que ha de suministrarle no tiene intereses directos en el mercado eléctrico, es de suponer que lo hará gustosa. Pero, ¿qué pasará si es su competidora también en electricidad?. Un argumento simétrico vale también en el mercado del gas: el cliente favorito de las compañías de gas son las eléctricas que les compran volúmenes grandes durante periodos largos (y el suministro de gas requiere grandes volúmenes durante periodos largos; si no me creen prueben a comprar en Qatar, Nigeria o Trinidad). Pero si las eléctricas locales son sus



competidoras en el mercado del gas, ¿qué cliente encontrará una nueva compañía de gas que quiera instalarse en España?

La segunda razón para albergar temores sobre el desarrollo de un mercado europeo es que, una vez que el matrimonio entre grandes compañías de gas y electricidad se ha consumado, desaparece la mayor parte de los incentivos a invertir en el extranjero. Aumenta el atractivo de la vida doméstica (al fin y al cabo, por eso se casaron) y disminuye el deseo de meterse en casa ajena (donde es posible que se encuentren matrimonios similares, poco amigables con visitas no invitadas) y las energías para hacerlo, que se empleen para limar asperezas de la vida en común y hacer que el matrimonio, la nueva empresa, funcione.

*Finalmente (tercera razón) nuestros representantes políticos han decidido que el mercado interno de la energía se construirá sin ninguna agencia reguladora común. Muy al contrario, el marco legal común europeo (directivas y regulaciones) es muy, muy ligero (como diez veces más ligero, en peso de papel, que solamente la última Ley de Energía de EE.UU.). Su implantación depende así de la buena voluntad de los Estados miembros, de las agencias reguladoras nacionales, de sus operadores de transporte, sus mercados y sus agentes. El punto importante es que el mero cumplimiento legal no es ni el comienzo de la lista de requerimientos para que el mercado europeo de la energía sea una realidad. **Así pues, en las circunstancias presentes necesitamos cooperación, que requiere confianza. Si un Estado permite la creación de campeones nacionales, no debería sorprender que los demás miembros de la Unión concluyeran que su adhesión a los principios del mercado interno es, como mucho, una actitud meramente retórica, y actuar en consecuencia.***

En definitiva decimos que las tesis son “aparentemente” contrarias porque si se analizan los argumentos de fondo se puede llegar a afirmar que ambos profesores están de acuerdo en lo esencial: los campeones nacionales no van a favorecer el fenómeno de la competencia en los mercados nacionales de gas



y electricidad. La discrepancia se reduce esencialmente a un pronóstico sobre el futuro: ¿es posible la competencia en mercados de electricidad y gas y por lo tanto el mercado europeo es posible y hay que seguir insistiendo en la liberalización o hay que abandonar toda esperanza, aceptar la realidad de la dificultad de introducir competencia en dichos mercados y abandonar la liberalización emprendida hace unos pocos años para volver al denominado Marco Legal Estable?

Como puede observarse con las citas traídas como simple botón de muestra, el debate académico resulta vivo y apasionante. El debate, en sus estrictos términos académicos, trata de atinar con el mejor instrumento para servir adecuadamente al interés general. Pero en el ámbito regulatorio propio de esta CNE, la defensa del interés general (que engloba el equilibrio entre los intereses de los consumidores y de los agentes que operan en el sistema), no es una defensa abstracta, subjetiva, teórica, que se deba a su propia y libre percepción de cómo se sirve mejor a dicho interés general. La plasmación concreta del interés general a defender se consagra en el marco normativo que da lugar al modelo regulatorio vigente. Sólo a él y a su concreta aplicación puede esta CNE dedicar sus juicios, análisis, interpretaciones y conclusiones.

Es cierto que dicho marco siempre es perfectible, y por ello, el regulador puede elevar al Gobierno propuestas de reforma regulatoria cuando estima que algunos aspectos del modelo causan distorsiones que afectan a dicho interés general. Pero no hay que olvidar que mientras dichas propuestas de reformas regulatorias no se plasman en reformas legislativas, el regulador sigue obligado a aplicar el modelo vigente, aunque pueda ser plenamente consciente de algunas de sus disfunciones. Por lo tanto, esta CNE no puede supeditar sus conclusiones a decisiones previas de política industrial, o de proyecciones teóricas de futuro sobre cambios en el actual modelo regulatorio español y europeo, o a supuestas disfunciones, lagunas o contradicciones en el modelo



actualmente en vigor, ya sea en su perspectiva nacional o europea. Las conclusiones de esta CNE sólo pueden tener como marco de referencia el modelo regulatorio actualmente vigente.

Sin embargo, el planteamiento de Gas Natural se ha centrado en la audiencia de fecha 30 de Noviembre en explicar la lógica empresarial de la Operación desde la perspectiva de Gas Natural: pérdida de cuota de mercado en su negocio tradicional, limitaciones al crecimiento en el sector eléctrico mediante el monocultivo de ciclos combinados y apuesta estratégica por la integración vertical de los negocios de electricidad y gas.

La cuestión es que esta CNE no puede ni debe entrar a valorar la lógica empresarial de la operación porque es otro el objeto de su análisis en el ejercicio de la función 15ª. Por expresarlo muy gráficamente: nada tiene más lógica empresarial que diseñar estrategias que potencien posiciones de dominio o consoliden monopolios, siquiera temporales, para obtener el máximo valor de la situación en beneficio de los accionistas hasta que la competencia o los reguladores puedan reaccionar corrigiendo la situación. Forma parte de la lógica del mercado y de sus ciclos y ajustes para conseguir el óptimo de eficiencia global. Precisamente por ello, la función del regulador en el ejercicio de esta función 15ª no reside en valorar la lógica empresarial de la operación desde la perspectiva de los intereses de la empresa solicitante, -que corresponde gestionar y defender a sus administradores-, sino en la tarea de anticipar o prever los efectos que dicha estrategia empresarial en la que se enmarca la operación puede llegar a producir en el grado de competencia alcanzado y en su previsible evolución tanto en los mercados de electricidad como en los mercados del gas.

Y es en ese campo en el que los argumentos de GAS NATURAL adolecen de mayor debilidad: no es mediante la creación de los llamados "campeones



nacionales” como se podrá conseguir mayor competencia efectiva en España, dado el estado actual del proceso de liberalización. Más bien al contrario, la apuesta por los llamados campeones nacionales, -que puede tener sentido en un mercado único europeo realmente integrado y global-, constituye hoy por hoy un riesgo nada despreciable de que se produzca una notable paralización del proceso de liberalización iniciado hace algunos años y un aumento de los obstáculos que vienen impidiendo que dicho mercado único europeo pueda ser una realidad en los sectores de la electricidad y del gas.

La teoría de los llamados “campeones nacionales” parece apostar por un futuro en el que la competencia va a ser supuestamente mayor si cada País de la Unión Europea crea su propio “campeón nacional”, con suficiente dimensión para crear las sinergias y eficiencia suficiente como para competir con otros campeones nacionales en un mercado global y único para todos ellos. El riesgo que se encierra detrás de dicha proyección de futuro es calibrar inadecuadamente cual vaya a ser el ritmo real de integración de los mercados nacionales de gas y electricidad en un mercado único europeo, ya que puede ocurrir que el fenómeno de los campeones nacionales en mercados poco abiertos aún a la competencia y muy heterogéneos aún en cuanto a estructura, regulación e, incluso, en cuanto a sus interconexiones físicas, nos arroje a un escenario de mercados nacionales fragmentados dominados casi absolutamente por campeones nacionales que hagan imposible la competencia a cualquier otro agente externo y que aglutinen un poderoso conglomerado de intereses domésticos de cada País y su Campeón para no avanzar en la consecución de un mercado único real a nivel comunitario.

Por tanto, algunas opiniones que plantean cambios no se refieren a ajustes del modelo en vigor, que sigan apostando por una mayor liberalización y mayor competencia y que, por tanto, legitime la intervención del Estado sólo en esa dirección de facilitar mayor liberalización y mayor competencia. Algunas



opiniones plantean un cambio radical de modelo, un cambio de régimen, que se anule la carrera cuando acaba de comenzar, piden mayor regulación pero no para liberalizar sino para controlar porque, en el fondo, no creen que el mercado sea el posible en estos sectores. Son opiniones respetables pero el Consejero que suscribe no puede compartirlas. Y tampoco las comparten otros reguladores europeos y nacionales, como vamos a ver a continuación.

3.6.- Los precedentes en procesos de concentración similares.

3.6.1.- Los precedentes de esta CNE.

Esta CNE no ha tenido ocasión de pronunciarse en ejercicio de la función 15ª sobre una operación de concentración que, como ya hemos comentado reiteradamente, tiene unas características totalmente singulares y novedosas.

Sin embargo, si existen precedentes sobre la opinión de esta CNE sobre los efectos conglomerales de una operación de concentración, en expedientes que aunque se referirían a operaciones con problemas de concentración horizontal fundamentalmente, permitían una valoración de esta CNE sobre el desarrollo más adecuado de los mercados (y de los procesos de concentración empresarial en relación con ellos) de acuerdo con el esquema regulatorio vigente.

Así, se cita por ENDESA el precedente del proceso de concentración intentado entre la compañía Gas Natural y Gas Aragón, y el precedente de Hidrocantábrico y Unión FENOSA, en el que ambos dieron lugar a una decisión denegatoria. Pero en ambos casos se trataba de problemas de concentración horizontal. Es cierto que la doctrina establecida en dichos casos es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa en los referente a los efectos que se causan con la desaparición del "maverik" en el sector de electricidad



(GAS NATURAL) y con la desaparición del “maverik” con mayor potencial de crecimiento en el sector del gas (ENDESA). Por lo tanto, dicha doctrina bastaría para justificar la denegación en el caso concreto que nos ocupa, porque aunque los índices de concentración supuestamente se corregirían con las condiciones propuestas, no va ser realmente así por dos circunstancias esenciales:

1º.- Los cálculos se han realizado teniendo en cuenta la capacidad de generación eléctrica para el año 2.006, pero no se ha tenido en cuenta el efecto en ejercicios posteriores. Ya se señala en la Resolución que la capacidad de nueva instalación para el ejercicio 2.006 es anormalmente alta. Entre las posibles razones puede encontrarse el método de asignación del Plan Nacional de Emisiones de CO2 o cuestiones estratégicas de los agentes de cierre de nueva capacidad para otros agentes en el futuro inmediato. En cualquier caso, es muy difícil que el ritmo de incremento de la capacidad de generación en el año 2.006 pueda mantenerse en los años siguientes. Por ello, la aparente corrección de los índices HHI de concentración horizontal y de los índices de capacidad pivotal, volverán a empeorar en los años siguientes al no entrar nueva capacidad que mantenga la relación proporcional de dichos índices con la mayor demanda del sistema.

2º.- Algunos cálculos han tenido en cuenta la generación en régimen especial y la generación extrapeninsular, que deberían haber sido excluidos para ofrecer un resultado más realista del empeoramiento de los índice HHI y de capacidad pivotal.

En definitiva, entiende el Consejero que suscribe, que incluso desde la perspectiva de la concentración horizontal consecuencia de la operación, existen precedentes que desaconsejan la autorización de la misma.



Por otro lado, volviendo al efecto realmente importante de esta operación, el efecto conglomerado o de integración vertical heterogénea, esta CNE, como decíamos, se ha pronunciado en expedientes que aunque se referirían a operaciones con problemas de concentración horizontal, permitían una valoración de esta CNE sobre el desarrollo más adecuado de los mercados (y de los procesos de concentración empresarial en relación con ellos), de acuerdo con el esquema regulatorio vigente.

La propia Resolución objeto de este Voto Particular cita, -mediante nota a pie de página en la página 278-, la doctrina establecida en la operación de concentración de ENDESA-IBERDROLA, en los siguientes términos:

“ ⁸⁶ Ver igualmente la Recomendación 14.13 del Informe CNE sobre la operación ENDESA/IBERDROLA, página 198, en la que se subrayaba la conveniencia de independizar los sectores de gas y electricidad: “Puesto que el incremento de competencia en el sector eléctrico puede venir propiciado por la participación en el mismo de sociedades que tradicionalmente operan en el sector del gas, y de forma recíproca, la competencia en el sector de gas podría verse incrementada igualmente por la participación de empresas eléctricas en el mismo, es conveniente independizar en lo posible la operación de las diversas compañías: eléctricas y gasistas”. (El subrayado es nuestro)

Igualmente se señala lo siguiente:

“Ver igualmente en la Conclusiones del mismo informe (ENDESA-IBERDROLA), la conclusión 15.10 sobre condicionados a la actividad de producción, en el 15.10.7 “Sobre los nuevos agentes generadores con posición de dominio en mercados de suministro de combustibles”, se



señala: “Para prevenir distorsiones de competencia en el mercado de generación eléctrica, se considerará la situación que los adquirentes de centrales incluidas en el Plan de Desinversión tengan en el mercado de gas natural y petróleo como combustibles para consumo eléctrico. La consideración de dichas situaciones, o cuotas de mercado de combustibles, se realizará conjuntamente con la de las cuotas del mercado de producción eléctrica que vayan a adquirir”.

Tal prevención se establecía precisamente para prevenir que si GAS NATURAL llegaba a intentar adquirir gran parte de los activos de ciclos combinados que pudieran otorgarle un grado integración vertical heterogéneo excesivo, pudiera prohibirse esa desinversión consecuencia de la condiciones impuestas a la operación ENDESA-IBERDROLA.

Por otro lado, incluso desde la perspectiva estricta de las decisiones impuestas las operaciones de concentración horizontal intentadas en los últimos años, puede observarse que o han sido rechazadas o se les han impuesto unas condiciones de tal dureza que han hecho desistir a su patrocinadores de la continuación de la operación.

Estas decisiones del regulador han sido plenamente coherentes con la situación de los mercados energéticos en España, su evolución reciente y las previsiones del propio modelo regulatorio, a lo que ya nos hemos referido con exceso en apartados precedentes.

Para la transición al nuevo modelo se optó por la gradualidad, con límites temporales y de consumos: para la plena libertad de elección en el consumo de gas y electricidad, hubo de esperarse hasta el 1 de enero de 2.003; para el fin



del monopolio zonal en distribución de gas, hasta el 1 de Enero de 2.005⁹. Es decir, el juego del mercado, las reglas del juego para que comience en toda su intensidad la competencia en beneficio de los consumidores, acaba prácticamente de empezar. Por utilizar un símil automovilístico, hasta ahora ha habido una preparación gradual, mucho trabajo de mecánica, de ingeniería, de preparación de la estrategia, de mentalización de los pilotos, de vueltas de entrenamiento y de fijar finalmente las posiciones de salida en la "pole".

Pero la carrera está ahora en sus primeras vueltas, acaba de comenzar realmente. Por ello sorprenden algunas voces que plantean la suspensión de la carrera alegando que no hay suficiente competencia. Y la pregunta es, ¿va a haberla con mayor intensidad si no dejamos que la carrera continúe y volvemos al punto de partida?

En este sentido, traemos aquí algunas declaraciones públicas de expertos del sector:

"En Inglaterra, no tenemos campeones nacionales y la energía es más barata. La liberalización ha permitido que inviertan en el país muchas empresas que aseguran el suministro a la población a un precio adecuado. No veo la ventaja de tener campeones nacionales"¹⁰

"En principio la integración del cuasimonopolio gasista español (Gas Natural) con el líder eléctrico (Endesa) no puede ser buena para la competencia."

"Para concluir, los firmantes de la opinión creemos que **existen varios efectos anticompetitivos ligados a la opa, y que podrían ser individualmente fuertes. Los errores pueden ser terriblemente caros y, en último término, serán soportados por los consumidores y, quizá, los contribuyentes.** Por

⁹ Aunque el reciente R.D. 5/2.005 vuelve a instaurarlo sin límites temporales de futuro.

¹⁰ (Phil Bentley. Consejero de Centrica y director general para Europa. Expansión 29 de septiembre de 2.005.)



tanto, en principio detectamos serios inconvenientes algunos de los cuales deberían ser objeto de un análisis cuantitativo detallado, incluyendo el uso de modelos de simulación de mercados, de acuerdo con los estándares establecidos para este tipo de operaciones.

Hasta aquí la opinión. Permítanme añadir un par de comentarios más. Esta opinión pretende reflejar lo que creemos ser la opinión más extendida en la comunidad científica. Un miembro destacado de esta comunidad es el profesor David Newbery, que no forma parte del equipo que elaboró la opinión. Este señor, que trabaja en la Universidad de Cambridge, es bien conocido por sus trabajos en el sector y en otras áreas de la economía, donde ha escrito cosas con varios premios Nobel. Preguntado en una entrevista por la opa, declaró que la propuesta es “claramente escandalosa”, y que el único remedio es o no autorizarla, o forzar a Gas Natural a vender la mitad de sus activos de gas y establecer un límite a su generación de electricidad. Por supuesto, el profesor Newbery es viejo, famoso, y no tiene pelos en la lengua. Y, desde luego a otro nivel, permítanme añadir también mi propia opinión. Una de las primeras bajas de la opa ha sido la discusión sobre la reforma del sector eléctrico que trajo la publicación del Libro Blanco de la Electricidad. No por ello la situación actual del sector ha dejado de ser insostenible. El Libro Blanco proponía una serie de medidas para garantizar su viabilidad a largo plazo, incluyendo ciertas que algunos tildaron de “intervencionistas”, pero que la pobre estructura competitiva del sector (al fin y al cabo, un duopolio imperfecto) justificaba. La adquisición propuesta no mejora esta estructura, por lo que es de esperar, quizá de exigir, una ampliación de las medidas y, posiblemente, la aplicación de otras nuevas. Pone también de relieve los problemas de estructura del sector del gas (un monopolio imperfecto, al fin y al cabo). Así pues, ¿para cuando el Libro Blanco del Gas?”¹¹

¹¹ Profesor Dr. Julián Barquín Gil, como integrante de un grupo académico que engloba a los profesores Lars Bergman, de la Escuela de Económicas de Estocolmo (Suecia), Claude Crampes, de la Universidad de Toulouse (Francia), Jean-Michel Glachant, de la universidad Paris XI (Francia), Richard Green, de la Universidad de Birmingham (Reino Unido), Cristian Von Hirschhausen, de la Universidad de Tecnología de Dresden (Alemania), Francois Lévêque, de la Escuela de Minas de París (Francia) y Steven Stoft (Berkeley, EE.UU.).



A propósito de esta última opinión, es preciso un breve comentario sobre las opiniones que vinculan el grado de competencia en un mercado, con el grado de intervención del regulador en él. Según dichas opiniones, la actuación del regulador debe estar guiada por el principio de mínima intervención, de forma tal que la mínima intervención sería reveladora de una mayor autonomía y libertad de los agentes y como consecuencia de ella, de un mayor grado de competencia. Pero dicha tesis constituye un claro sofisma en la medida en que para que exista auténtica competencia deben darse unas condiciones mínimas que no circunscriban al grado de libertad de los agentes que operan en dichos mercados. Ya hemos citado anteriormente la doctrina jurisprudencial que avala la opinión según la cual el ejercicio de las facultades regulatorias previstas en el art. 17 1 b) lo son para salvaguardar la libertad de empresa como concepto abstracto integrante del interés general (la libertad de todos), y no como herramienta de superación de los obstáculos regulatorios que una operación de concentración plantea, en cuyo caso debe denegarse la operación sin por ello se deteriore el derecho a la libertad de empresa sino al contrario, brilla con más fuerza, al vetarse una operación que la amenazaba y ponía en peligro.

Se ha insistido en las deliberaciones del Consejo en algunos argumentos que han sido objeto de debate público sobre la supuesta contraposición entre la intervención regulatoria y la libertad de mercado, para concluir según dichas posturas que el objetivo de la regulación debe ser la de "mínima intervención". Y realmente debe ser así, si es que realmente hay libertad de mercado. Porque si no hay mercado, el objetivo de la regulación debe ser la máxima intervención precisamente para hacer posible la competencia en sectores tradicionalmente cerrados a ella. Por tanto, las valoraciones sobre cual debe ser el grado adecuado de intervención del regulador deben ser realizadas en relación con el sector que tienen que regular.



Tal es así, que las Agencias Reguladoras Independientes tienen su origen en Estados Unidos en el último tercio del s. XIX, al observarse la necesidad de regular servicios con tecnologías de red (Public Utilities) ante la tendencia de formación de monopolios en sectores como el ferrocarril, el petróleo o el sector bancario. En 1887 se crea la Interstate Commerce Comisión para el control del transporte ferroviario. En la década de los treinta nacen las Comisiones Reguladoras de de las comunicaciones, energía, mercados financieros...L Public Utilities Holding Company Act (PUHCA Law) que regula la estructura de las Compañías y la Federal Power Act (FPA) que establece el esquema regulador y jurisdiccional a nivel federal y crea la FERC (Federal Energy Regulatory Comisión). Estos organismos nacen porque en los referidos sectores en ningún momento se reservó al Estado el desarrollo y explotación de las Public Utilities, conformándose auténticos monopolios privados que hacían imposible el libre mercado en ellos.

En definitiva, las Agencias Reguladoras nacieron para evitar los monopolios privados, nacieron para intervenir y regular en favor de la competencia. Se entendía entonces que la experiencia venía a demostrar que el libre mercado en determinados sectores no garantiza una competencia efectiva (Fallos de mercado)¹². La experiencia demostró que la práctica totalidad de los servicios de red presentaban características de monopolio natural en sus formas de provisión y, por tanto, era necesario su control.

En Europa, sin embargo, la reacción fue la intervención directamente a través de la participación del Estado en la propiedad de las compañías, en una primera fase dominada por una fase de nacionalización de los monopolios que

¹² La Escuela de Chicago no admite la teoría del fallo de mercado, defendiendo que el propio mercado es la mejor regulación económica. La existencia de monopolios es justificada como el resultado de las restricciones impuestas por los legisladores ante la presión de los agentes ya instalados. Sin embargo, episodios como el colapso y falta de suministro eléctrico en California en el año 2001 pueden ser demostrativos de algunas consecuencias derivadas de planteamientos regulatorios excesivamente dogmáticos y alejados de la realidad de los sectores que han de regular.



pasar a ser de titularidad pública, al ser considerado un sector estratégico. La intervención pública se hace muy intensa tras la Segunda Guerra Mundial. La República Federal Alemana y España respetan una estructura multiempresa pero, en cualquier caso, bajo una intensa regulación. Todavía hoy perviven ejemplos de esas grandes empresas de titularidad pública, total o parcial, en el sector energético como las francesas EdF y GdF o las italianas AGIP, SNAM y ENEL.

Durante las etapas de crecimiento económico que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, el modelo imperante fue el de empresas verticalmente integradas, con concesiones monopolísticas en zonas geográficas determinadas. Sin embargo, el enfoque tradicional de los denominados "mercados imperfectos" que supuestamente justificaba una planificación centralizada de la actividad, comienza a mostrar sus ineficiencias y evidenciar conflictos de interés en un Estado que pretende ser al tiempo agente de mercado (propietario de compañías públicas) y arbitro-regulador.

Durante la década de los ochenta, y algo más tardíamente en España, comienza un proceso de cambio en toda Europa en el sector energético de desmonopolización y privatización de compañías públicas. Las magnitudes macroeconómicas, que permitieron el desarrollo de los sectores de la energía durante décadas, cambian hacia un entorno que queda fuera de control de las empresas y de los Gobiernos que las regulan. Se produce un aumento de los tipos de interés real que tiende a reducir el atractivo financiero y la eficacia económica de tecnologías intensivas en capital; se aceleran los ciclos económicos que provocan un desajuste entre las proyecciones de mercado que realizan las empresas y la demanda y costes; aumenta la interdependencia de la economía mundial que obliga a las compañías y a los Estados a estar preparados para responder a cambios en precios determinados por mercados internacionales; el coste de la energía se convierte en un factor determinante



de la competitividad en una economía globalizada; y se producen los avances tecnológicos que introducen la posibilidad de recompetencia incipiente (los ciclos combinados).

En España la última reminiscencia del modelo regulatorio basado en el monopolio territorial en todas las ramas de actividad energética, con compañías verticalmente integradas lo constituye el denominado Marco Legal Estable de 1.987, superado por las Leyes de 1.997 y 1.998.

Pues bien, en opinión del Consejero que suscribe el Voto Mayoritario ha optado, -con una única y trascendental decisión-, por la mínima intervención ante una operación que produce en efecto de vuelta a atrás respecto a los avances conseguidos en los últimos años, cuando lo que es razonable y exigible para ser coherentes con el proceso liberalizador emprendido en los años 1.997 y 1.998, en el marco de liberalización del conjunto de la Unión Europea, hubiera sido la máxima intervención en defensa del modelo vigente y su coherencia interna, tal y como se ha venido aplicando en los últimos años. Recordemos someramente aquí cuales han sido las características principales de ese desarrollo:

- Apuesta por un proceso gradual diseñado para avanzar en el complejo proceso liberalizador mediante la dinámica competitiva cruzada de las compañías eléctricas y gasistas.
- Apuesta del regulador por la existencia del mayor número de agentes, evitando procesos de concentración.
- Apuesta del regulador por la separación del negocio de electricidad y de gas, como incentivador de la competencia en producto (fluidos).



- Apuesta del regulador por la separación de los negocios regulados, transparencia en costes y control a la transferencia de rentas.
- Precedentes en España de operaciones de concentración frustradas (por denegación o por condiciones muy duras y exigentes)

Es decir, el regulador español hasta ahora ha dado claras muestras de preservar la incipiente fragmentación estructural de nuestro mercado eléctrico (evitando procesos de concentración entre los agentes existentes) y de preservar la separación y la competencia respectiva entre los agentes eléctricos y el incumbente gasista, como ariete que permitiera una gradual pero efectiva transformación de la estructura de mercado en los respectivos sistemas de electricidad y gas. Incluso en los Votos particulares presentados por algunos Consejeros a dichas Resoluciones puede apreciarse una exigencia aún mayor en defensa del modelo con argumentos que este Consejero suscribe hoy plenamente.¹³

Con **la operación analizada las dos variables estratégicas consideradas por el regulador para hacer posible la liberalización gradual (y consensuada) del sector, quedan abortadas y neutralizadas**, y son sustituidas por cambios regulatorios y de estructura de mercado no previstos, - o aun previstos, no queridos-, por el regulador al diseñar el modelo actualmente vigente, que pueden dar lugar a cambios bruscos y traumáticos con consecuencias muy diferentes a las buscadas (mayor presión al alza de las tarifas, falta de inversión por pérdida de credibilidad regulatoria, retroceso de la tendencia a la liberalización en España y, como efecto derivado de ella, pérdida de confianza en la viabilidad del proceso de liberalización a nivel europeo, etc...)

¹³ Fundamentalmente en relación con el precedente de ENDESA-IBERDROLA.



Por otro lado, **el diseño regulatorio del modelo español y las decisiones tomadas en su defensa por el regulador, no diferían hasta ahora de las directrices comunitarias y de las decisiones adoptadas por los reguladores europeos.** Vamos a verlo en los siguientes apartados.

3.6.2.- Los precedentes en la U.E.:

Los efectos de la concentración conglomeral o integración vertical heterogénea si han podido ser analizados por las autoridades regulatorias europeas, ya que este tipo de concentraciones se han intentado en los últimos años en varias ocasiones.

Precedente operación de concentración EON-RUHRGAS

La Oficina Federal de Defensa de la Competencia resolvió con fecha 17 de enero de 2002 prohibir el proyecto de concentración notificado con fecha 15 de agosto de 2001.

En el sector eléctrico, EON, junto con el grupo RWE, eran líderes del mercado nacional de suministro de energía eléctrica. Operaba en todas las fases del sector eléctrico: generación, transporte, distribución regional y distribución final.

En Alemania RUHRGAS era la empresa líder en importación de gas a distancia.

La Oficina Federal de Defensa de la Competencia acordó prohibir el proyecto de concentración por prever el reforzamiento de posiciones de dominio en los mercados de venta de gas y de venta de energía eléctrica.



La vinculación de EON con RUHRGAS conllevaba un grado de integración vertical que pondría en riesgo la competencia en el mercado de empresas redistribuidoras de gas. Afectaba al 47% de la cantidad suministrada en Alemania a las empresas redistribuidoras. En la actual fase de liberalización incipiente de los mercados del gas, esto reducía las posibilidades de otras empresas de gas a distancia de competir de una forma efectiva. En consecuencia, la posición de dominio de RUHRGAS se consolidaba.

Además la mitigación o la desaparición completa de un potencial competidor por parte de la empresa suministradora de gas fortalecía las posiciones de dominio de mercado de las empresas del grupo EON.

Con la concentración, EON obtenía influencia considerable a los efectos de la competencia sobre la empresa importadora y distribuidora de gas natural más grande de Alemania. Dada que las nuevas inversiones en centrales se realizan en CCGT, el duopolio se reforzaba gracias a RUHRGAS, con márgenes de maniobra adicionales y con efectos frente a los demás productores de electricidad y sobre los productores independientes, aprovechando el gas natural como fuente de energía primaria. Esto permitía, por un lado, elevar el precio del gas destinado a las centrales energéticas, afectando negativamente a los competidores del duopolio.

Las condiciones ofrecidas por EON no se consideraron idóneas para eliminar o compensar el efecto de reforzamiento que la concentración tendría sobre las posiciones de dominio en los mercados del gas y de la electricidad.

En consecuencia, la Comisión Federal no consideró la autorización con la condiciones ofrecidas.



Posteriormente la Oficina Federal de Defensa de la Competencia resolvió con fecha 26 de febrero de 2002 prohibir el proyecto de concentración notificado con fecha 9 de noviembre de 2001.

La Oficina Federal de Defensa de la Competencia acordó prohibir el proyecto de concentración por prever el reforzamiento de posiciones de dominio tanto en la comercialización del gas como de la electricidad. Los argumentos principales tenidos en cuenta fueron, brevemente resumidos los siguientes:

Fortalecimiento de las posiciones de dominio: Mediante la operación se refuerzan las posiciones de dominio en sus zonas de suministro.

La adquisición del control indirecto sobre RUHRGAS fortalecerá las posiciones de dominio de las empresas de EON que además de suministro de gas también suministran energía eléctrica. Este fortalecimiento también se producirá en el suministro a los grandes clientes, puesto que las empresas del grupo EON en el futuro estarán en mejores condiciones de ofrecer productos combinados (gas y electricidad). El acceso directo a importaciones de gas y a la producción nacional a través de RUHRGAS hará posible una mayor flexibilidad en la elaboración de las ofertas. De este modo podrán reaccionar mucho mejor a los actos de competencia de otras compañías de gas. Las empresas del sector gasista que no puedan aprovechar efectos sinérgicos comparables verán como aumentan las barreras de acceso al mercado. Esta circunstancia hará que continúen reforzándose las posiciones de dominio de las empresas del grupo EON.

Es decir, como puede apreciarse, las similitudes con el caso que nos ocupa son muchas. El grado de posición de dominio de RURHGAS era mucho menor que el del GASS NATURAL en el mercado español, por lo que los efectos conglomerales siendo importantes eran menores que en la operación de



Comisión
Nacional
de Energía

concentración de GAS NATURAL-ENDESA. La decisión del regulador alemán fue denegatoria.¹⁴.

Precedente ENI-EDP-GDP y otros.

Por su parte ENDESA alega también la existencia de precedentes denegatorios en relación con lo declarado por la Comisión Europea prohibiendo la fusión de las Compañías italiana ENI con las portuguesas EDP-GDL., decisión confirmada recientemente por el Tribunal de Primera Instancia comunitario.

Aunque el marco regulatorio portugués y español no son idénticos, y la estructura de mercado en los diferentes mercados relevantes analizados son diferentes a la España, los efectos conglomerales que se diagnostican son similares a los que se producen en la operación que ahora se analizan, aunque probablemente el grado de contestabilidad por parte de otros agentes en Portugal al Nuevo Grupo Resultante hubiera sido aún menor que el que se produce en España como consecuencia de la operación que estamos analizando. En cualquier caso, las previsiones del denominado "Mercado Ibérico de la Electricidad" (MIBEL) que pretende la integración de los mercados eléctricos español y portugués en un mercado único, debería obligar a esta CNE a tomar decisiones coherentes con lo resuelto por las autoridades comunitarias sobre la operación de concentración conglomerada que fue prohibido en nuestro País vecino, y por ello, resulta un argumento adicional, -y no de poca transcendencia-, a los ya expuestos hasta por este Consejero para justificar la denegación de la Operación analizada.

¹⁴ Finalmente el Gobierno alemán decidió autorizarla con determinadas condiciones. Sin embargo, la posición de dominio entonces de RUHRGAS en el sector del gas no era comparable a la de GAS NATURAL en el mercado español y las condiciones internacionales del mercado de aprovisionamientos de gas eran más favorables para la competencia que en la actualidad, con precios notoriamente más bajos.



Por otro lado, en su escrito de Alegaciones ENDESA cita, además de la ya citada por la propia Resolución, referida a ENDESA-IBERDROLA, otras opiniones en relación con otros procesos de concentración y las decisiones adoptadas por las autoridades comunitarias:

" Cuando un operador goza de posición de dominio, la Comisión Europea ha entendido que incluso un ligero aumento en la cuota de mercado habría de considerarse anticompetitivo¹⁵. Por su parte, el TDC ha acogido este criterio en su informe 54/00 *Unión Fenosa/Hidrocantábrico*, en el que recomendó la prohibición de la operación al considerar que la eliminación de un operador cuasi marginal como Hidrocantábrico reforzaba la posición de dominio colectiva (efectos coordinados) entre Iberdrola, Endesa y la adquirente Unión Fenosa. La jurisprudencia ha establecido reiteradamente que las cuotas de mercado elevadas son un fuerte indicador de dominio. En *Akzo*¹⁶ por ejemplo, el Tribunal de Justicia Europeo estableció que:

"[...] las cuotas de mercado de gran tamaño son en sí mismas y salvo circunstancias excepcionales, prueba de la existencia de una posición dominante [...]. Esto es cuando existe una cuota de mercado del 50%."

La conclusión del Tribunal también se menciona en las Directrices, en las que se establece que:

"Según jurisprudencia reiterada, las cuotas de mercado extraordinariamente elevadas –superiores al 50%- pueden probar por sí mismas la existencia de una posición dominante."¹⁷

Por último también señala ENDESA diversas decisiones de las autoridades comunitarias, estableciendo criterios y diagnósticos sobre el problema del efecto conglomeral:

¹⁵ Por ejemplo, *IV/M.890, Blokker/Toys 'R' Us* párrafo 59, *COMP/M.2650, Haniel/ Cementbouw/JV*; *COMP/M.2568, Haniel/Ytong* y el punto 20 (f) de las Directrices.

¹⁶ Asunto *C-62/86 [1991] ECR I-3359*, párrafo 60.

¹⁷ Directrices, párrafo 21.



“ La práctica de la Comisión Europea y las Directrices subrayan que, además de la competencia real, la competencia potencial habrá de tenerse en cuenta.¹⁸

*"Algunas empresas tienen una influencia mayor en el proceso competitivo que la que se desprende de sus cuotas de mercado o de otros indicadores similares. Una concentración en la que participe una empresa de este tipo puede cambiar la dinámica competitiva de una manera significativa y contraria a la competencia, en especial, cuando el mercado ya está concentrado. Por ejemplo, una empresa puede ser un operador reciente del que se espere que ejerza en el futuro una presión competitiva significativa sobre las demás empresas del mercado."*¹⁹

Más específicamente, se deben tomar en consideración las inversiones ya comprometidas para determinar el incremento de cuota de mercado por una operación de concentración.²⁰

En ausencia de la operación, la competencia ejercida por Gas Natural aumentaría aún más, ya que tiene tanto la capacidad como el incentivo para aumentar su posición en el mercado mayorista de electricidad. El hecho de que Gas Natural es el operador con mayor potencial competitivo fue confirmado por la Comisión Europea en *ENI/EDP/GDP*:

"Tal y como se explicó en un estudio reciente, GDP, a través de GALP, sería un competidor natural de EDP en el mercado mayorista portugués, a la luz de la experiencia en otros Estados Miembros. En España, por ejemplo, la principal empresa suministradora de gas, Gas Natural, ha entrado con éxito en el mercado mayorista de electricidad con la

¹⁸ En *COMP/M.2861, Siemens/Dräger* en el párrafo 122, la Comisión Europea concluyó que la eliminación de Siemens era contraria a la competencia debido a su potencial de crecimiento, a pesar de una cuota relativamente baja inferior al 10%: "Debido a su menor cuota de mercado actual, Siemens puede tener también un incentivo financiero más fuerte que Dräger y Datex-Ohmeda para seguir como proveedor independiente una estrategia agresiva para incrementar la cuota de mercado a efectos de conseguir economías de escala y construir una base instalada. Por tanto, la JV notificada podría eliminar potencialmente a un competidor particularmente agresivo."

¹⁹ Véase párrafo 37 de las Directrices.

²⁰ Ver e.g, *COMP/M.1693 Alcoa/Reynolds*, decisión de la Comisión Europea de 3 de mayo de 2000, párrafos 30-34 y *COMP/M 3178 Bertelsman/Springer*, decisión de la Comisión Europea de 3 de mayo de 2005, párrafo 93



Comisión
Nacional
de Energía

construcción de un número de CCGT, explotando su fuerte posición en el suministro de gas.²¹

Asimismo, la CNE también ha confirmado que:

"Los operadores de gas y electricidad cuentan con importantes ventajas a la hora de entrar en el mercado del otro y, por tanto, constituyen los competidores potenciales más probables y mejor equipados. De hecho, (...) los operadores de gas tienen acceso directo al gas que ha de utilizarse para la producción de electricidad en CCGT y están muy bien cubiertos (esto es crítico puesto que cada vez se utilizan más las CCGT y no es fácil para los nuevos agentes obtener gas para la producción de electricidad)."²²

Y finalmente ENDESA concluye:

"Entre los obstáculos al desarrollo de mercados competitivos, la Comisión ha identificado específicamente a las concentraciones como el principal problema en los mercados del gas y la electricidad, señalándose en el Quinto Informe que:

"Desde la introducción de la competencia se han logrado grandes progresos, entre los que cabe destacar el establecimiento de los principios del acceso reglamentado de terceros, la separación de las redes y una cierta integración de los mercados nacionales en grupos más grandes. Con todo, como ya se ha señalado en muchos de los anteriores informes de la Comisión, el problema de la concentración constituye actualmente ahora el obstáculo más importante para el desarrollo de una competencia más fuerte. Si ésta persiste, los consumidores podrían perder la confianza en el mercado y exigir una reglamentación más estricta. En este sentido, la reciente decisión de la

²¹ COMP/M.3440, ENI/EDP/GDP, párrafo 337.

²² COMP/M.3440 ENI/GDP/EDP, acta de la reunión con la CNE de 7.9.2004.



Comisión
Nacional
de Energía

Comisión por la que se prohíbe la adquisición de Gás de Portugal (GDP) por parte de EDP y del ENI sienta un importante precedente respecto al modo en que la Comisión tiene intención de tratar la posible reestructuración del sector.” (subrayado añadido)

Por último en el Informe del Servicio de Defensa de la Competencia a propósito de esta operación se afirma textualmente lo siguiente:

“En cuanto a la competencia efectiva en el mercado mayorista, cabría analizar en qué medida el refuerzo de la posición de la entidad resultante en generación podría agravar los problemas derivados de la posición pivotal conjunta de ENDESA e IBERDROLA.” (pag. 83 de la Versión No Confidencial). (El subrayado es nuestro).

Sobre esta cuestión nos emitimos a lo ya expuesto en apartados precedentes.

Respecto a las apreciaciones del Servicio de Defensa de la Competencia respecto a los mercados de aprovisionamiento de gas, infraestructuras gasista y actividad de distribución de gas, (páginas 62 y 63) ya hemos comentado también en apartados precedentes que las matizaciones que se realizan en dichos epígrafes, -matizaciones incorporadas de una u otra forma por el Voto Mayoritario ala Resolución dictada por esta CNE-, son perfectamente cuestionables, como ya se ha argumentado en aparatados precedentes.

Finalmente en cuanto al análisis de los efectos conglomerado o de integración vertical heterogénea señala en sus páginas 64 y 65 de su Versión No Confidencial lo siguiente:

“VII.2. Efectos Verticales



La operación supone un refuerzo de la integración vertical del grupo GAS NATURAL, que tendrían una fuerte posición en toda la cadena de mercados del gas y la electricidad y acceso interno a dos fuentes principales de generación eléctrica: fuel y gas natural.

Podrían darse los siguientes efectos verticales entre los mercados de aprovisionamientos de gas, generación eléctrica y suministro minorista:

- En primer lugar, la entidad resultante dispondría, en función de la evolución de los precios del gas y electricidad, de la posibilidad de emplear el gas como output (suministro minorista) o como input para la generación de electricidad. Así mismo, podrían darse posibilidades de arbitraje fuel-electricidad por parte de REPSOL.
- Si bien GAS NATURAL ya venía suministrando gas a otros operadores en generación eléctrica, sería preciso valorar cualquier posible efecto derivado del cambio relativo de su posición en estos mercados.
- Finalmente, GAS NATURAL pasa a contar con una mayor demanda asegurada por parte de los ciclos combinados de ENDESA, al hacerse estructural la actual relación contractual, y de su negocio de comercialización.

Por otra parte, cabría considerar los efectos verticales entre distribución y suministro derivados de la posición de la entidad resultante como propietaria y gestora de las redes de distribución y a la vez suministradora de gas y electricidad, con una imagen de marca consolidada. Este efecto se relaciona con los puntos siguientes:

VII.3.- Efectos conglomerado.

Uno de los potenciales efectos de la operación se deriva de las ventajas del grupo resultante para realizar ofertas multiproducto, tanto a nivel mayorista como en suministro minorista.



En este ámbito, resulta especialmente relevante valorar los cambios normativos recientes y en marcha en cuanto a las garantías de separación entre la gestión de la red de distribución y el suministro minorista así como las obligaciones de acceso e información para facilitar la entrada de nuevos comercializadores de gas y electricidad.

Igualmente, es preciso valorar las posibles sinergias derivadas de esta gestión conjunta de redes y de los efectos conglomerado así como su traslado a los consumidores en al forma de mejores servicios y menores precios.

VII.4. Competencia potencial-barreras de entrada.

De entre el conjunto de barreras señaladas, pueden resultar especialmente relevante a los efectos de la presente operación las derivadas de:

- El acceso a las infraestructuras de importación de gas y, en especial, la saturación de los gasoductos internacionales, que proporcionan importantes ventajas dado el mayor coste relativo e inflexibilidad del gas natural licuado
- La integración vertical, que ha sido apuntada por el TDC en informes anteriores como una barrera de entrada a los mercados eléctricos.
- El control de las redes de distribución de gas y electricidad en determinadas zonas de la península.”

Todo ello ya ha sido suficientemente comentado en apartados precedentes de este Voto Particular, y en la propia Resolución.

Y termina diciendo el Servicio de Defensa de la Competencia lo siguiente:



“A la luz de lo expuesto es preciso un análisis en profundidad para determinar el alcance de las amenazas a la competencia efectiva, y en su caso, la adecuación de compromisos para descartar cualquier posible deterioro de la competencia. Por tanto, no se dan las condiciones para que quepa valorar en primera fase la solicitud de presentación de compromisos por la notificante, a efectos del art. 15 ter de la ley”

Hasta aquí el planteamiento jurídico general en el que enmarcar nuestra conclusión inicial: ya hemos dicho que en opinión del Consejero que suscribe y atendiendo a todos los precedentes que han quedado expuestos en apartados precedentes no es posible buscar remedios a la operación porque atenta al corazón del propio modelo vigente.

Pero entrando ahora a analizar brevemente la postura del Voto Mayoritario, favorable a la operación, vamos a comprobar como las condiciones finalmente impuestas no resuelven el auténtico problema que encierra la operación, que es su efecto conglomeral o de integración vertical heterogénea. En definitiva se trata de comprobar si las condiciones impuestas reúnen los dos últimos requisitos que exige la doctrina jurisprudencial: por un lado, que las condiciones no sean arbitrarias y por otro lado que estén motivadas.

Por ello, es preciso valorar en profundidad si el análisis lógico realizado por el Voto Mayoritario se corresponde con la decisión adoptada.

a) Las condiciones no pueden ser arbitrarias desde una doble perspectiva.

En este sentido, debe tenerse bien presente que la decisión de autorizar o no la operación, y del alcance y naturaleza de las condiciones a imponer, es una facultad administrativa de naturaleza reglada. Hemos venido detallando en los precedentes anteriores hasta ahora los requisitos que han de concurrir para



que dicha condiciones puedan reputarse como no arbitrarias. Se trata en definitiva de evitar que pueden llegarse a imponer condiciones no justificadas, - que no cumplan todos los requisitos anteriores-, que puedan perjudicar al particular. Pero antes del interés del particular, se trata de evitar que puedan imponerse condiciones no justificadas, -que no cumplan todos los requisitos anteriores-, que puedan perjudicar el interés general necesitado de protección. En ese sentido, la sustitución de una condición eficaz para resolver un problema concreto detectado en la operación por otra condición menos eficaz puede ser constitutiva de arbitrariedad.

b) Las condiciones deben ser motivadas

Precisamente por tratarse de decisiones regladas y de naturaleza administrativa declarativa de derechos, -no constitutiva de los mismos-, cualquier limitación, restricción o condición debe resultar suficientemente justificada en Derecho e igualmente debe fundarse en Derecho, la decisión denegatoria de la Operación. El conjunto de la Resolución se haya efectivamente motivada. Pero no se aprecia la misma motivación en la justificación del rechazo a algunas condiciones de los Servicios Técnicos contenidas en sus Propuestas Original y Modificada, ni en lo que se refiere a aquellas que simplemente se han suprimido, ni en lo que se refiere a aquellas que se han sustituido por otras menos eficaces. Lo comentaremos en el siguiente apartado.

CAP IV.- EXAMEN DE LAS CONDICIONES PROPUESTAS EN LA RESOLUCION APOYADA POR EL VOTO MAYORITARIO: SU FALTA DE VALIDEZ Y EFICACIA PARA PALIAR CADA PROBLEMA DETECTADO.



Como ya hemos comentado con anterioridad, la nueva redacción dada al Capítulo 10 ya supone un claro reconocimiento de que las condiciones recomendadas en la Resolución no son por si mismas suficientes.

¿Es adecuada la dinámica en la que se introduce al sector, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, la estabilidad regulatoria y la predecibilidad de las decisiones administrativas, proceder a la realización de determinados cambios normativos de gran calado finalísticamente orientados a resolver los problemas de competencia de una operación concreta. ?

¿Se han valorado los efectos que pueden tener para los demás agentes y para la coherencia interna del actual modelo regulatorio los cambios normativos que puedan venir ya predeterminados por la nueva situación creada, haciendo inviables otros cambios que quizás hubieran sido más coherentes con los principios inspiradores del modelo regulatorio todavía vigente ?

¿Puede constituir un acto de discriminación hacia otros agentes, alterar el marco sectorial para extender a todos ellos los ajustes del modelo que resultan obligados como consecuencia de la Operación.? ¿ Puede constituir un atentado a la seguridad jurídica del resto de los agentes que operan en el mercado?

¿Pueden suponer los cambios regulatorios generales una ventaja competitiva adicional para el Nuevo Grupo resultante, que encontrará así mayores oportunidades de “digerir” la operación orientándola al nuevo contexto regulatorio diseñado “ex post” a la medida de sus necesidades (dicho sea desde la perspectiva de cumplimiento de la legislación de defensa de la competencia), frente al resto de los agentes que deberán variar sus planes de futuro y apuestas estratégicas definidas exclusivamente por sus propios medios?



¿Tiene sentido que las reformas regulatorias pendientes y ya suficientemente diagnosticadas por esta CNE y con consenso mayoritario entre los agentes y especialistas del sector sigan aplazándose y, sin embargo, pasen ahora al primer plano de la urgencia y de la necesidad de cambio regulatorio, -por las necesidades de una operación concreta-, algunas propuestas de cambio normativo (como la obligación de separación de propiedad entre las actividades de distribución y de comercialización, que además podía legalmente haber sido impuesta como condición aplicable exclusivamente las partes de la operación) y que no cuentan con el consenso mínimo necesario ni siquiera en el seno del Consejo de ésta CNE?.

Todas las preguntas anteriores pueden alcanzar un mayor grado de perplejidad si se repara en las circunstancias singulares de la operación analizada y en el contexto en que dichas reformas regulatorias deberían llevarse adelante: una operación de concentración no solicitada (hostil) del que es mayor operador en el sector del gas (GAS NATURAL) y que, hasta la reciente decisión de esta CNE, como tal sociedad regulada de distribución de gas sólo podía dedicarse legalmente a dicho negocio de gas (salvo las excepciones previstas legalmente), y la destinataria de la operación hostil es la primera compañía eléctrica española que triplica en tamaño a aquella. No nos extendemos sobre las particularidades de otros debates relacionados con el accionariado de dichas sociedades o la ubicación geográfica de su domicilio social. Lo único que queremos resaltar es que el contexto que provoca la operación es el peor de los posibles para abordar cambios regulatorios con vocación de permanencia y estabilidad.

Abordar el debate regulatorio pendiente en este contexto va abrir una dinámica muy difícil de orientar hacia un nuevo marco regulatorio con la deseable vocación de estabilidad y permanencia. No hay que olvidar que los ajustes



necesarios en los modelos regulatorios de electricidad y gas vienen siendo largamente esperados y se extienden a muchas más cuestiones que las abordadas ahora por esta CNE como cambios exigidos en relación con la operación. Por otro lado, no hay que olvidar que el modelo regulatorio obedece a unas pautas y principios básicos que le dotan de coherencia y eficacia, y algunos de los cambios propuestos afectan a esos principios básicos con consecuencias sobre el conjunto del modelo que sería deseable se analizaran con mayor serenidad y profundidad.

En definitiva, como venimos diciendo, **todo lo anteriormente expuesto acredita la imposibilidad de remediar los efectos anticompetitivos de la operación con el marco legal vigente.**

Pero a continuación realizaremos un análisis de cada una de las condiciones propuestas en el Informe aprobado por el Voto Mayoritario, desde una doble perspectiva: por un lado, desde la perspectiva de la legalidad; por otro lado respecto desde la perspectiva de su potencial eficacia para remediar el efecto negativo que trata de paliar.

¿Son todos los remedios propuestos “condiciones” o no lo son?. En el Informe previo de los Servicios Técnicos, no aparecía clara esta cuestión, ya que se mezclaban a lo largo del Capítulo 9, remedios concretos aplicables a la operación con propuestas de cambios regulatorios, pero que podían considerarse simples recomendaciones no vinculadas necesariamente a la aprobación o no de la operación.

¿Eran remedios concretos para neutralizar los efectos de la operación las propuestas de reforma legislativa que se contenían en la Propuesta Original o eran simples recomendaciones de conveniencia con carácter general predicables para el conjunto del sector?. En opinión del Consejero que



suscribe, siempre ha estado claro que dichas propuestas son remedios concretos para paliar efectos anticompetitivos concretos de la operación. Pero, tras analizar las opiniones contenidas en el Informe de Asesoría Jurídica, los Servicios Técnicos no dejan ningún lugar para la duda en la nueva redacción que dan a la cuestión en su Propuesta Modificada.

Como, ya hemos comentado con anterioridad, añaden un nuevo Capítulo 10 específico que contempla cuales son los cambios normativos concretos que consideran necesarios para neutralizar los efectos anticompetitivos de la operación y expresamente los califican como necesarios junto con las condiciones de las condiciones. El Informe en su nueva redacción, lo que venimos llamando Propuesta Modificada, añade lo que ya transcribimos en apartados precedentes

En definitiva, en la Propuesta Modificada que integra la opinión de todos los Servicios Técnicos y la opinión de Asesoría Jurídica se pone claramente de relieve que **los cambios regulatorios que se proponen forman parte del remedio para restablecer el nivel de competencia previo** a la Operación. Esta contundente afirmación, -necesidad de cambios regulatorios para restablecer el nivel de competencia previo a la Operación-, nos lleva a su vez a las siguientes conclusiones:

1º.- No se han encontrado fórmulas suficientes para que por el cauce de las condiciones válidas y eficaces se pueda restablecer el nivel de competencia previo a la operación. Si hubiera sido así, no hubiera sido necesario proponer modificaciones regulatorias que “junto con las condiciones, restablecerán” el nivel de competencia previo a la Operación.



2º.- Mientras no se produzcan los cambios regulatorios propuestos, y si llegara a autorizarse la Operación, no existirá el nivel de competencia previo a la Operación.

Y dichas conclusiones nos llevan a la necesidad de dar respuesta a los siguientes interrogantes:

Dado que el art. 17 1 b) de la Ley de Defensa de la Competencia sólo permite el establecimiento de condiciones respecto a la propia operación, pero no le habilita para adoptar por esta vía decisiones que supongan modificaciones normativas para el conjunto del sector, parece claro que **el Acuerdo que adopte el Consejo de Ministros por sí solo no podría ser suficiente para restablecer el nivel de competencia previo a la Operación.**

Por tanto, si llegara a autorizarse la operación sin la previas modificaciones normativas que aconsejan los servicios de ésta CNE, el Nuevo Grupo resultante tendrá una posición de dominio en gas y electricidad que empeora el nivel de competencia previo considerando a ENDESA y GAS NATURAL por separado. Y ello es así aunque llegaran a cumplirse de forma inmediata todas las condiciones que se recomiendan en el Informe.

En este sentido hay que recordar que, en opinión de los Servicios Técnicos de esta CNE, el efecto anticompetitivo de la Operación es muy intenso. Así se define:

“El propósito primordial de sujetar la operación a tales condiciones no es el de imponer condiciones gravosas con el fin de mejorar la situación de competencia con anterioridad a la operación sino solamente restablecer la situación de competencia existente en ese momento **teniendo en**



cuenta la gravedad de los problemas de competencia que suscita²³.

Por lo tanto, si parte de los remedios que se proponen, -modificaciones normativas que resultan necesarias como un todo junto con las condiciones propuestas-, no son realmente condiciones sino propuestas de cambios regulatorios, ¿se estaría cumpliendo el mandato legal previsto en el art. 17 1 b) de establecer condiciones válidas y eficaces para mitigar los riesgos si con carácter previo o al menos simultáneo no se adoptan dicha modificaciones normativas por el cauce legalmente establecido en cada caso?. A juicio de este Consejero se impone la contestación negativa, esto es, el Acuerdo del Consejo de Ministros:

1.- No puede imponer sólo las condiciones porque son insuficientes por si mismas, y no se estaría dando cumplimiento al mandato legal previsto en el art. 17 1 b) de la Ley de Defensa de la Competencia.

2.- Tampoco puede imponer las modificaciones normativas sectoriales por la vía del art. 17 1 b), ya que debe seguir el cauce normativo previsto legalmente para ello.

En definitiva, a juicio de este Consejero, esta CNE solo tiene dos alternativas legalmente para ser congruente con su propio Informe:

- Recomendar al Gobierno hacer uso de la previsión contenida en el art. 17 1 c) de la ley de Defensa de la Competencia, declarando **improcedente la operación** y ordenando que no se proceda a la **misma o**

²³ Ello se hace en congruencia con la sentencia de 7 de noviembre de 2005 antes citada.



- Recomendar al Gobierno autorizar la operación con todas las condiciones propuestas y adicionalmente con una **condición suspensiva general** de forma que, hasta que no se incorporen al ordenamiento jurídico los cambios regulatorios recomendados en el Informe de esta CNE, no pueda iniciarse el proceso de concentración

Ahora bien, la posibilidad legal de esta segunda alternativa, la de condicionar suspensivamente la operación a modificaciones legales futuras, suscita muchas dudas y muchos inconvenientes como ya expusimos en apartados anteriores.

En definitiva sólo pueden neutralizarse las consecuencias anticompetitivas de la operación si se procede a un nuevo diseño del marco regulatorio vigente, procediendo a la reforma de algunos de sus pilares esenciales.

Por esa razón se proponían en la Propuesta Original y en la Propuesta Reformada una serie de medidas de reforma regulatoria, que cómo veremos a continuación, se consideran por los Servicios Técnicos como remedios necesarios junto con el resto de las condiciones para reponer la situación de competencia previa a la operación.

Como puede apreciarse del tenor literal transcrito, **el nuevo texto aprobado por el Voto Mayoritario para el Capítulo 10 viene a reconocer expresamente que la operación no encaja en el diseño del marco regulatorio actual. Pero, sorprendentemente, en lugar de llegar a la siguiente conclusión lógica que obliga a una recomendación de declaración de improcedencia de la operación y que se ordene que ésta no se lleve a cabo, aprueba la operación y difiere las reformas regulatorias necesarias para neutralizar sus efectos anticompetitivos para un momento posterior cuyo horizonte temporal se desconoce.** Esta era precisamente la tesis mantenida por GAS



NATURAL en su audiencia de 30 de Noviembre de 2.005, y también se apuntaba en la Resolución de esta CNE en ejercicio de la función 14^a. Según dicha tesis y so pretexto del derecho a la libertad de empresa, la operación goza de tal prioridad a la hora de que sea preservada su viabilidad, -pese a que se observe la necesidad de proceder a cambios regulatorios como única solución para remediar sus principales efectos anticompetitivos-, que lo que procede es aprobar primero la operación y después acometer los cambios regulatorios que sean necesarios.

No compartimos tal tesis, pero vamos a comprobar a continuación si de ser correcta, al menos se han impuesto condiciones válidas y eficaces.

Distinguiremos las condiciones propuestas en el Voto Mayoritario agrupándolas en los tres grandes apartados de "Relativas a Aprovisionamiento de gas"; "Relativas al mercado de generación eléctrica" y "Relativas al solapamiento de redes y su efectos en los mercados minoristas de gas y electricidad", por ser los efectos más relevantes, junto con el ya tantas veces referido efecto conglomeral.

Antes con carácter general ya comentamos que la Resolución suprimió toda referencia contenida en el Capítulo 9 a la necesidad de reformas normativas para poner remedio a los efectos anticompetitivos de la operación. Pero en la Resolución se conserva el siguiente párrafo:

" 9. CONCLUSIONES Y CONDICIONES.

"En este caso, ante la entidad de la operación (concentración del primer operador en todos los mercados de gas y del primer operador en la casi totalidad de los mercados de electricidad) y la gravedad de los problemas de competencia suscitados, sólo una adecuada elección de condiciones,



algunas de carácter estructural, puede paliar dichos problemas, pues otro tipo de medidas de comportamiento resultarían manifiestamente insuficientes para tal objetivo. (El subrayado es nuestro) (Pag. 310 de la Resolución)

A continuación se suprimen en los párrafos siguientes las referencias a las modificaciones normativas necesarias, que se contenían en la Propuesta Modificada y que ya ha sido objeto de comentario en otros apartados de este escrito.

Vamos a analizar ahora las condiciones específicas a cada uno de los mercados relevantes citados anteriormente.

4.1.- Respecto a las condiciones relativas al mercado de aprovisionamiento de gas.

En la Resolución se abordan con el siguiente tenor literal que transcribimos a continuación:

“(…)

9.1. Aprovisionamiento de gas natural

9.1.1. Conclusiones

Como resultado de la OPA, el Grupo GAS NATURAL reforzaría su actual posición de dominio en el mercado de los aprovisionamientos a España, integrando en su cartera los contratos de aprovisionamiento del Grupo ENDESA

Puesto que todo el gas contratado por ENDESA es GNL la operación también implicaría un aumento de la cuota de GAS NATURAL sobre el



aprovisionamiento mediante GNL. Asimismo, el nuevo Grupo incorporaría una participación del 12%, que actualmente ostenta ENDESA, en el proyecto del gasoducto del Medgaz, que prevé entrar en funcionamiento a partir del año 2009, con un volumen inicial de 8 bcm/año.

GAS NATURAL mantendría su cuota actual del 98,9% en la importación de gas por gasoducto (100% a través del gasoducto del Magreb y 97,7% en la conexión con Francia) y el 100% sobre el gas de producción nacional. Además, seguiría suministrando el 100% del mercado a tarifa.



El solapamiento horizontal de las actividades de aprovisionamiento de gas natural de ambas partes comporta ya por sí solo un efecto de reforzamiento de la indiscutida posición dominante de GAS NATURAL en el mercado de aprovisionamiento, tal como ha sido objeto de definición en el capítulo de mercado relevante de producto y geográfico, y de obstaculización de la competencia efectiva en el mismo. Adicionalmente cabe observar que la operación implicaría la eliminación de ENDESA como uno de los competidores más efectivos del Grupo GAS NATURAL en el aprovisionamiento al mercado español. En efecto en los últimos años ENDESA había empezado a desarrollar una intensa actividad de trading mediante su filial CARBOEX, contribuyendo también de forma crucial a la liquidez del mercado informal de ajustes de corto plazo entre pequeños importadores de GNL destinado a España.

A los efectos de solapamiento horizontal de actividades deben añadirse los efectos de integración vertical y conglomeral entre la actividad de aprovisionamiento de gas natural y la actividad de producción de electricidad, tanto sobre la primera como sobre la segunda actividad, que de manera resumida son los siguientes:



- Un efecto de cierre del mercado de aprovisionamiento, debido a que la mayor cuota en generación de electricidad proporcionaría a GAS NATURAL un mayor incentivo a incrementar el precio del gas a otros generadores en el mercado eléctrico, que podría verse mitigado por la presencia de fuentes de suministro alternativas, aún cuando es muy probable que el mix de aprovisionamientos de GAS NATURAL sea el más competitivo del mercado.
- Un efecto de cierre del mercado de generación de electricidad, puesto que el nuevo grupo podría absorber la demanda futura de gas para generación de ENDESA, retirándola del mercado. Este efecto sería de medio-largo plazo, debido a que las centrales de ENDESA ya se abastecen en la actualidad de GAS NATURAL y por tanto la cuota de suministro de gas para generación eléctrica no aumentaría de forma inmediata con la realización de la operación.
- La capacidad simultánea de afectar los precios en el mercado eléctrico y en el de comercialización de gas para usos convencionales, con la cual GAS NATURAL podría afectar a su favor el proceso de arbitraje entre mercado convencional de gas y de ciclos combinados, con el consecuente posible incremento de los precios del gas y de la electricidad en estos segmentos de mercado.



9.1.2. Condiciones

Primera

Para lograr este objetivo, una posibilidad sería que GAS NATURAL cediera íntegramente a la empresa Enagás el contrato de aprovisionamiento con Sonatrach del gas natural procedente de Argelia y suministrado a través del gasoducto de El Magreb, contrato denominado Sagane I, de 5,6 bcm /año, equivalente a 65.000 GWh/año, que para el año 2004 supondría una cuota del 19,7% del total del aprovisionamiento de gas natural para España.

Cabe recordar que de acuerdo con la legislación en vigor el destino del referido contrato de aprovisionamiento debe ser preferentemente el mercado a tarifa.”

Y a continuación el Voto Mayoritario introduce como Condición un plan de programaciones a realizar por ENAGAS para el suministro a tarifa anual, y en cuanto al exceso, que GAS NATURAL lo ponga a disposición del resto de agentes

Sin embargo es una condición totalmente insuficiente por varias razones:

1º.- Porque la capacidad excedentaria no ascenderá a la totalidad de los 65.000 Gw/año de dicho Contrato SAGANE I por lo que la cita que se realiza de la cuota del 19, 7% induce a confusión. De hecho en el último año el consumo a tarifa a detraído alrededor de 55.000 Gw/año por lo que el excedente de dicho Contrato, que es lo que realmente se impone que se ceda al resto de comercializadoras, oscilará en un magnitud de 10.000 Gw/año, que



supone un escaso 3% del total de aprovisionamiento de gas natural a España.

2º.- Porque el mecanismo que se impone para la subasta excluye a determinados operadores que operan en la comercialización de gas (y que aun cuando hoy no alcanzan cuotas significativas, tendrían derecho a alcanzarlas concurriendo a dicho mecanismo de subasta), lo que permite al Nuevo Grupo Resultante preservar su posición de dominio al permitir acceder a dicha subasta sólo a los más débilmente posicionados en España. Es decir, no sólo no se limita la cuota de aprovisionamiento del Nuevo Grupo Resultante, sino que se establecen limitaciones a sus posibles competidores.

Además propone una segunda condición

“Segunda

GAS NATURAL pondrá a disposición de las empresas comercializadoras no integradas en su grupo empresarial, en condiciones de transparencia, objetividad y no discriminación, el gas equivalente a los contratos de aprovisionamiento de gas natural de los que disponía ENDESA en fecha previa al inicio de esta operación.” (Pág. 314)

Esta condición es totalmente insuficiente porque el volumen actual de ENDESA es muy bajo. El perjuicio se causa porque se aborta el potencial de crecimiento del “maverik” del sector que menos contratos tenía, pero que más planes de futuro (y posibilidades de hacerlo) proponía alcanzar para el 2.010, tal y como se ha comentado en el apartado correspondiente de este Voto Particular.

Por todo ello, el Consejero que suscribe considera que era mucho más efectivas las condiciones propuestas en la Propuesta Original (pags. 324 a 340, inclusive), que se relataban en los siguientes términos:



“ (...)”

9.1 Aprovisionamiento de gas natural

9.1.1 Conclusiones

Como resultado de la OPA, el Grupo GAS NATURAL reforzaría su actual posición de dominio en el mercado de los aprovisionamientos a España, integrando en su cartera los contratos de aprovisionamiento del Grupo ENDESA, con lo que pasaría a ostentar unas cuotas para el año 2004 en los aprovisionamientos incluidos autoconsumos de 70,3% a 73,5%, y excluyendo los autoconsumos de 74,5% a 76,8%. Estas cuotas están muy por encima de los umbrales considerados por las “Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales ...” de la Unión Europea, como extraordinariamente elevado y por tanto prueba suficiente *per se* de la existencia de una posición dominante. Los índices de concentración, que ya son muy elevados en la actualidad, también aumentarían (considerando el año 2004 el HHI pasaría de 5649 a 6000).

Puesto que todo el gas contratado por ENDESA es GNL la operación también implicaría un aumento de la cuota de GAS NATURAL sobre el aprovisionamiento mediante GNL. que pasaría del 54,2% al 59,3%. Asimismo, el nuevo Grupo incorporaría una participación del 12%, que actualmente ostenta ENDESA, en el proyecto del gasoducto del Medgaz, que prevé entrar en funcionamiento a partir del año 2009, con un volumen inicial de 8 bcm/año.

GAS NATURAL mantendría su cuota actual del 98,9% en la importación de gas por gasoducto (100% a través del gasoducto del Magreb y 97,7% en la conexión con Francia) y el 100% sobre el gas de producción nacional. Además, seguiría suministrando el 100% del mercado a tarifa.



El solapamiento horizontal de las actividades de aprovisionamiento de gas natural de ambas partes comporta ya por sí solo un efecto de reforzamiento de la indiscutida posición dominante de GAS NATURAL en el mercado de aprovisionamiento, tal como ha sido objeto de definición en el capítulo de mercado relevante de producto y geográfico, y de obstaculización de la competencia efectiva en el mismo. Adicionalmente cabe observar que la operación implicaría la eliminación de ENDESA como uno de los competidores más efectivos del Grupo GAS NATURAL en el aprovisionamiento al mercado español. En efecto en los últimos años ENDESA había empezado a desarrollar una intensa actividad de trading mediante su filial CARBOEX, contribuyendo también de forma crucial a la liquidez del mercado informal de ajustes de corto plazo entre pequeños importadores de GNL destinado a España. En este sentido, ENDESA considera que los intercambios bilaterales son esenciales en la provisión de flexibilidad para los competidores de GAS NATURAL, señalando que esa sociedad participa de manera significativa en estos intercambios, citando, a los efectos de poner de manifiesto esta situación, que de enero a julio de 2005 los intercambios entre ENDESA y CEPSA representaron el 31 por ciento de las ventas totales de CEPSA. Textualmente, ENDESA indica en sus alegaciones que *“sin el apoyo de Endesa en los intercambios, CEPSA habría tenido que buscar gas en otra parte en los momentos que carecía de recursos suficientes, y tales volúmenes habrían representado aproximadamente el quince por ciento de sus ventas totales”*. En cuanto a los intercambios con SHELL, el volumen total de intercambios llega al 36 por ciento, implicando que alrededor del 18 por ciento del gas suministrado por SHELL ha sido prestado por ENDESA con la finalidad de resolver problemas de suministro a corto plazo.



Asimismo, indica que en caso de materializarse la fusión, la empresa resultante, dominante en el mercado de aprovisionamiento, no tendría incentivos para intercambiar gas con sus rivales, puesto que éstos reducirían las ventajas inherentes de la entidad fusionada con respecto a sus rivales.

A los efectos de solapamiento horizontal de actividades deben añadirse los efectos de integración vertical y conglomeral entre la actividad de aprovisionamiento de gas natural y la actividad de producción de electricidad, tanto sobre la primera como sobre la segunda actividad, que de manera resumida son los siguientes:

- Un efecto de cierre del mercado de aprovisionamiento, debido a que la mayor cuota en generación de electricidad proporcionaría a GAS NATURAL un mayor incentivo a incrementar el precio del gas a otros generadores en el mercado eléctrico, que podría verse mitigado por la presencia de fuentes de suministro alternativas, aún cuando es muy probable que el mix de aprovisionamientos de GAS NATURAL sea el más competitivo del mercado.
- Un efecto de cierre del mercado de generación de electricidad, puesto que el nuevo grupo podría absorber la demanda futura de gas para generación de ENDESA, retirándola del mercado. Este efecto sería de medio-largo plazo, debido a que las centrales de ENDESA ya se abastecen en la actualidad de GAS NATURAL y por tanto la cuota de suministro de gas para generación eléctrica no aumentaría de forma inmediata con la realización de la operación.



- La capacidad simultánea de afectar los precios en el mercado eléctrico y en el de comercialización de gas para usos convencionales, con la cual GAS NATURAL podría afectar a su favor el proceso de arbitraje entre mercado convencional de gas y de ciclos combinados, con el consecuente posible incremento de los precios del gas y de la electricidad en estos segmentos de mercado.

9.1.2 Recomendaciones y condiciones

En base a todo lo tratado en los epígrafes previos, las condiciones que se proponen a continuación tienen por objeto favorecer la competencia, mediante la limitación del poder de mercado que dispone GAS NATURAL en el mercado de los aprovisionamientos de gas natural para España, como consecuencia fundamentalmente de los efectos de integración vertical y conglomerado. Más concretamente, se trata de limitar la posibilidad de GAS NATURAL de influir en el precio del gas en el mercado mayorista y en consecuencia en el precio para los consumidores finales, fomentando la diversificación y la competencia en dicho mercado y propiciando la aparición de más empresas con dimensión y capacidad para operar en el mercado de los aprovisionamientos con destino España. Además, se identifican medidas que tengan consecuencias prácticas para los consumidores y operadores del mercado en un razonable espacio de tiempo.

Para ello, se propone establecer el objetivo a medio plazo de limitar la participación de GAS NATURAL en el mercado aprovisionamiento de



gas natural para su consumo en España a una cuota máxima del 40%, excluyendo los autoconsumos. La determinación de dicha cuota se ampara en el antecedente establecido por el artículo 16, de la Ley 6/2000, de 23 de junio, de *Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicio*, donde se fijaba el 40% como la cuota máxima, a partir de la cual los productores de energía eléctrica instalada en el régimen ordinario que la superaran, no podrían incrementar su potencia instalada en un plazo de 5 años. La aplicación al sector del gas natural de la limitación impuesta al sector eléctrico por la Ley 6/2000, se justifica por un lado por la necesidad de limitar la cuota de GAS NATURAL más allá de sus valores actuales por los efectos de integración vertical y conglomerado que aparecen con la operación, y por otro lado por el paralelismo funcional que existe entre la actividad de generación en el sector eléctrico y la actividad de aprovisionamientos en el sector del gas natural, cumpliendo en ambos casos dichas actividades el papel de fuente primaria de energía que se transporta y distribuye mediante conexiones físicas hasta los consumidores finales, siendo determinantes ambas actividades, generación y aprovisionamiento, tanto en lo que respecta a la garantía de suministro, como en el precio final del gas y de la electricidad. Además, cabe recordar que, de acuerdo con las Directrices de la Comisión Europea en materia de concentraciones horizontales, con una cuota incluso inferior al 40 % puede considerarse, atendidas las circunstancias de algunos mercados, la existencia de posición dominante.

De no imponer medidas correctoras, GAS NATURAL, tras la OPA, dispondría, con los datos de los años 2003 y 2004, de unas cuotas en el mercado de aprovisionamiento de gas natural del 82,8% y 76,8%, respectivamente, excluidos los autoconsumos, y de 81,4% y 73,5%, respectivamente, sin excluir los autoconsumos. Es evidente la amplia



distancia que existe entre las cuotas que poseería GAS NATURAL y el objetivo marcado de una cuota máxima del 40% del mercado de los aprovisionamientos, excluidos los autoconsumos.

Para lograr este objetivo, se propone una posibilidad seria que GAS NATURAL ceda cediera íntegramente a la empresa Enagás, en el plazo de seis meses contados desde la fecha de toma de control del Grupo Endesa, el contrato de aprovisionamiento con Sonatrach del gas natural procedente de Argelia y suministrado a través del gasoducto de El Magreb, contrato denominado Sagane I, de 5,6 bcm /año, equivalente a 65.000 GWh/año, que para el año 2004 supondría una cuota del 19,7% del total del aprovisionamiento de gas natural para España.

Cabe recordar que de acuerdo con la legislación en vigor el destino del referido contrato de aprovisionamiento debe ser preferentemente el mercado a tarifa.

No obstante esta cesión solo podría llevarse a cabo en el supuesto de que todas las partes intervinientes en dicha cesión estuviesen de acuerdo en la misma. Esto es, tanto ENAGAS como la otra parte en el contrato, SONATRACH, deberían prestar su consentimiento para la cesión del contrato.

La cesión del contrato Sagane I a Enagás supondría para GAS NATURAL reducir su cuota en el mercado de los aprovisionamientos. Con los datos del año 2004, la cuota de GAS NATURAL se reduciría de 76,8% al valor de 53,5%, excluyendo los autoconsumos. Esta reducción de cuota, aun siendo significativa, no se aproxima al objetivo del 40% y podría ser compensada por GAS NATURAL mediante la adquisición de nuevos contratos de aprovisionamiento. Por tanto, sería necesario



introducir una medida adicional de congelación de los aprovisionamientos de GAS NATURAL a su nivel actual mientras no se haya alcanzado la cuota objetivo del 40%.

La cesión por GAS NATURAL a Enagás del contrato Sagane I se justifica, primeramente, por la necesidad de acercar la cuota de GAS NATURAL, en el mercado de los aprovisionamientos, al objetivo del 40% en un tiempo razonable y con efectos prácticos sobre el mercado.

Una segunda razón es que el aprovisionamiento de gas mediante este contrato ya está regulatoriamente²⁴ asignado a Enagás para su empleo en el mercado a tarifa, del que Enagás es su principal responsable. Esta asignación no supondría alteración alguna en la cantidad de gas destinado al mercado español, ni tampoco en la finalidad de uso del gas, puesto que el mismo se destinaría primordialmente al mercado a tarifa. Por otro lado, se propone que las cantidades de gas del contrato Sagane I que fueran excedentarias de las necesidades del mercado a tarifa, sean puestas anualmente a disposición de los comercializadores que actúen en el mercado español de gas, a excepción hecha de GAS NATURAL, mediante procedimientos de concurrencia, en condiciones de transparencia, no discriminación y en competencia con los precios del gas natural en los mercados, por lo que de este modo se está proponiendo llevar a cabo un *"gas release program"* a favor de los comercializadores, con lo que se reforzaría la competencia. Como antecedente a esta propuesta de ceder a los comercializadores el gas sobrante de la aplicación al mercado a tarifa del contrato Sagane I, podemos citar el gas de este mismo contrato adjudicado a los comercializadores, mediante el procedimiento determinado en la Orden 13055, del Ministerio de Economía, de 29 de junio de 2001, sobre la

²⁴ Disposición transitoria decimosexta, de la Ley 34/1998



aplicación del gas natural procedente del contrato de Argelia. Los excedentes económicos que pudieran generarse de dicha venta tendrán el carácter de ingresos liquidables, por lo que se destinarán a disminuir las tarifas de acceso al sistema gasista.

En tercer lugar, es preciso destacar que el contrato Sagane I y la construcción del Gasoducto del Magreb fue posible en el marco de una estrecha colaboración europea, y especialmente de España y Portugal, con los países del Magreb. El proyecto fue promovido por la empresa Enagás y aprobado e impulsado por los Ministerios de Industria y Energía de Argelia, Marruecos y España que ratificaron en abril de 1992 los acuerdos previos alcanzados por las compañías Sonatrach, SNPP (Marruecos) y Enagás. Es importante tener en cuenta que la posterior participación de la sociedad portuguesa TRANSGAS fue ratificada en noviembre de 1994, en la Cumbre de Oporto de Jefes de Estado. En el año 1994, Gas Natural SDG compró al INH el 91% de las acciones de Enagás, junto con la opción de compra del 91% de las acciones que el INH poseía de la empresa SAGANE. En las mismas fechas se agruparon en la empresa SAGANE, 91% propiedad del INH y 9% Enagás, los activos y derechos del proyecto en fase de construcción del gasoducto del Magreb y del contrato Sagane I, que estaban en mano de Enagás. La opción de compra sobre el 91% de SAGANE la ejecutó GAS NATURAL SDG una vez se superaron las incertidumbres técnicas y políticas que conllevaba el proyecto, que finalizaron, con la puesta en servicio, el 9 de diciembre de 1996, del gasoducto del Magreb y el inicio del aprovisionamiento mediante el contrato Sagane I. La empresa SAGANE y el contrato de aprovisionamiento Sagane I pasaron a depender al 100% de Enagás, de la que GAS NATURAL tenía el 91% de la propiedad en una primera fase, para alcanzar el 100% posteriormente. Sobre la base de todo lo indicado, se puede destacar la importante



actuación que desde el sector público se ha ido llevando a cabo, asumiendo significativos riesgos, para hacer posible la construcción del gasoducto del Magreb y el contrato de aprovisionamiento de gas natural Sagane I para el suministro de gas a España, que en su momento era un suministro a tarifa.

Finalmente, con fecha 12 de diciembre de 2000²⁵, y en el marco de la escisión de Enagás a favor de Gas Natural SDG de la actividad de aprovisionamientos y distribución, se escindieron todos los contratos de aprovisionamiento propiedad de Enagás, y activos asociados, a favor de Gas Natural SDG. Entre ellos, se encontraba el contrato Sagane I y el 100 % de la propiedad de la empresa SAGANE. Sobre este respecto, y según se indica en el documento del folleto informativo de la Oferta Pública de Venta de Acciones de Enagás, de junio de 2002, se dice:

**CAPITULO 0: CIRCUNSTANCIAS RELEVANTES A
CONSIDERAR SOBRE LA EMISIÓN U OFERTA DE VALORES**

(...)

**0.2 CONSIDERACIONES EN TORNO A LAS ACTIVIDADES Y
CIRCUNSTANCIAS MAS RELEVANTES DE ENAGAS**

(...)

0.2.3. Factores de Riesgo

(...)

**2.- Factores de Riesgo asociados a las relaciones con Gas
Natural**

En los Capítulos IV y VI del presente Folleto se describen detalladamente las relaciones existentes entre ENAGAS y Gas Natural.

(...)

²⁵ Según informe del Servicio de Defensa de la Competencia, expediente N-04082 Gas Natural / Endesa.



Consecuencias de la escisión de la rama de aprovisionamientos

ENAGAS actualmente adquiere el gas necesario para el suministro al mercado a tarifa del Grupo Gas Natural, de conformidad con el contrato suscrito el 1 de agosto de 2001.

Con anterioridad a la escisión de la rama de actividad de aprovisionamiento de gas natural, (efectuado como consecuencia del mandato legal referido a la separación jurídica de actividades) ENAGAS se aprovisionaba sobre la base de los contratos suscritos directamente con los productores extranjeros de gas (excepto por el proveniente del contrato de suministro firmado entre la Sociedad y Enterprise Nationale Sonatrach (Sonatrach) de fecha 8 de julio de 1992, el cual fue cedido a la que entonces era filial 100% de ENAGAS, Sagane, S.A. (Sagane) el 20 de junio de 1994. En virtud de lo establecido en el citado contrato, ENAGAS actuaba como garante de las obligaciones de Sagane.

Como resultado de las operaciones relacionadas con la escisión de la rama de actividad de aprovisionamiento de gas natural, los activos relativos a este negocio (incluyendo los contratos suscritos con los productores extranjeros) fueron traspasados al Grupo Gas Natural, así como las acciones de Sagane. Algunas de las contrapartes de los contratos de suministro, no han aceptado de forma expresa la cesión de los contratos de suministro al Grupo Gas Natural, otras han condicionado su aceptación a que ENAGAS permanezca como garante de las obligaciones de Gas Natural. Conforme a lo anterior, ENAGAS puede estar sujeto a reclamaciones por los contratos de suministro, incluyendo las



llamadas obligaciones “Take or pay”, que imponen una obligación de pago por un volumen de gas concreto, incluso si no se entrega el mismo. ENAGAS tiene concedida una contragarantía por Gas Natural, en virtud de la cual Gas Natural asume la obligación de indemnizar a ENAGAS por responsabilidades incurridas por ésta al amparo de los Contratos (que se listan en el contrato de contragarantía) de los que sigue siendo responsable ENAGAS.

Adicionalmente, en el supuesto de que Gas Natural incumpliera sus obligaciones derivadas de la contragarantía, ENAGAS tendría que hacer frente a las responsabilidades frente a los productores extranjeros, que podrían tener un efecto material adverso en la situación financiera de ENAGAS y en los resultados de sus operaciones.

De la mencionada información se concluye que Enagás como consecuencia de sus antiguos contratos de aprovisionamiento puede estar sujeto a reclamaciones por posibles incumplimientos de los mismos, incluyendo las llamadas obligaciones “Take or pay”, que imponen una obligación de pago por un volumen de gas concreto, incluso si no se entrega el mismo. Por lo que es muy posible que el contrato Sagane I esté entre los contratos sobre los que Enagás tiene todavía contraídas responsabilidades con los productores sobre su cumplimiento, y muy particularmente el contrato Sagane I, debido a que es un suministro de gas natural mediante un gasoducto conectado a España.

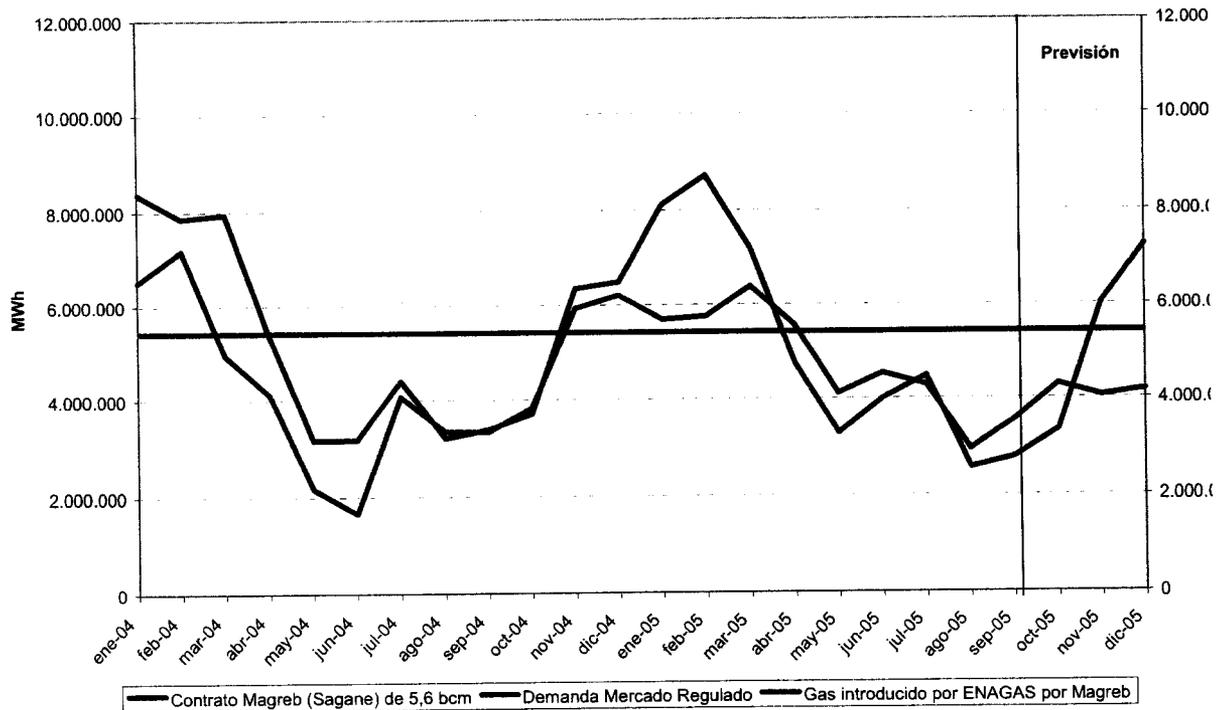


Por las razones indicadas, se justifica suficientemente el retorno a Enagás del contrato de aprovisionamiento Sagane, como el principal instrumento para conseguir el objetivo a medio plazo de reducir la cuota de GAS NATURAL al 40%, y, también, con la finalidad de que el suministro de gas natural para el mercado a tarifa se realice de la forma más transparente posible y consistente con la disposición de ley por la cual el gas del SAGANE I se destina preferentemente a tarifa. A este respecto se muestra en los siguientes cuadros, para 2004 y 2005, la demanda suministrada a tarifa, el gas del Magreb destinado a dicho suministro a tarifa, así como la energía (MWh) asociado al contrato Sagane I, y el porcentaje de utilización del contrato Sagane I en 2004 en el suministro a tarifa.

Cuadro 6



Contrato Magreb vs Suministro Mercado Regulado



Fuente: CNE

Cuadro 7 Energía aportada por ENAGAS para el suministro a tarifa procedente del contrato del Magreb en 2004.

GWh/año	2004
Contrato del Magreb	65.094
Importaciones de ENAGAS procedentes del Magreb	53.312
Saldo	11.782
Utilización del Contrato	81,90%

Fuente: Enagas



No obstante, cabe destacar que la cesión el contrato Sagane I no agota las posibilidades que GAS NATURAL tiene de utilizar el gasoducto del Magreb para aprovisionar de gas natural al mercado español. La reciente construcción y puesta en servicio por GAS NATURAL a finales del año 2004 de dos estaciones de compresión en territorio marroquí, y la también reciente construcción por Enagás del desdoblamiento del gasoducto Córdoba – Madrid, han hecho posible aumentar la capacidad de transporte del gasoducto del Magreb, aumento de capacidad que ha permitido a GAS NATURAL transportar el nuevo contrato de aprovisionamiento, denominado Sagane II, con un volumen anual de 2,8 bcm.

Como se ha comentado anteriormente, el objetivo de reducir gradualmente la cuota de GAS NATURAL al 40%, excluidos autoconsumos, puede obtenerse mediante la imposición conjunta de la cesión del contrato SAGANE I y la congelación de los aprovisionamientos de GAS NATURAL a su nivel actual mientras su cuota de mercado esté por encima del 40%. En el siguiente cuadro se puede observar el resultado de aplicar estas medidas al contexto actual, donde se han considerado las previsiones de ventas contempladas en la *Propuesta de Revisión de la Planificación de los Sectores de Electricidad y Gas 2002-2011. Revisión 2005-2011.*



Comisión
Nacional
de Energía

Concepto (datos en GWh)	2004	2005 (e)	2006 (p)	2007 (p)	2008 (p)	2009 (p)
Total Aprovisionamientos	329.054	379.601	418.100	435.500	458.800	483.100
Total Autoconsumos (real en el año 2004 y estimado en el resto de años)	50.045	70.792	90.826	92.327	99.833	108.090
Situación Grupo resultante de la OPA antes de las medidas correctoras propuestas						
Aprovisionamientos Grupo resultante de la OPA	241.792					
Autoconsumos	27.569					
Cuota incluyendo autoconsumos	73,5%					
Cuota excluyendo autoconsumos	76,8%					
Medidas correctoras propuestas						
Cesión a Enagas de contrato Sagane I	64.960					
Limitación de la cuota al máximo del 40%, excluidos autoconsumos	111.604	123.523	130.910	137.269	143.587	150.004
Situación Grupo resultante de la OPA tras la aplicación de las medidas correctoras propuestas						
Aprovisionamientos Grupo resultante de la OPA	176.832					
Autoconsumos	27.569					
Aprovisionamientos Grupo resultante de la OPA neto de autoconsumos	149.263	149.263	149.263	149.263	149.263	150.004
Cuota incluyendo autoconsumos	53,7%					
Cuota excluyendo autoconsumos	53,5%	48,3%	45,6%	43,5%	41,6%	40,0%

Dadas las previsiones actuales sobre la evolución futura de los aprovisionamientos, la medidas propuestas implican, en la práctica, que GAS NATURAL tendría que mantener, entre 2005 y 2008, un volumen estable de aprovisionamientos de gas natural para el mercado español del orden de 150.000 GWh/año, excluidos los autoconsumos, gas que sería destinado para el mercado convencional: industrias, comercios y consumidores residenciales. GAS NATURAL alcanzaría la cuota del 40% en 2008.

La exclusión del gas destinado a autoconsumos para el cálculo de la limitación del 40%, supone que GAS NATURAL no tendría limitación alguna, desde el punto de vista de los aprovisionamientos, en sus suministros de gas natural para la producción de energía eléctrica. Los autoconsumos se corresponden con el gas natural consumido en las centrales térmicas fuel gas y en los ciclos combinados propiedad de GAS NATURAL.



Las medidas propuestas implican que, durante el periodo 2005-2008, los nuevos aprovisionamientos necesarios para atender al crecimiento del mercado convencional serían suministrados por los comercializadores, excluido GAS NATURAL, que actúan en el mercado español. El crecimiento anual del mercado convencional se describe en la figura adjunta.

Concepto (datos en GWh)	2005 (e)	2006 (p)	2007 (p)	2008 (p)	2009 (p)	2010 (p)
Total Demanda	394.700	418.100	435.500	458.800	483.100	503.400
Mercado Convencional	282.700	297.100	312.500	325.800	339.100	353.400
Crecimiento anual en el Mercado Convencional (GWh)		14.400	15.400	13.300	13.300	14.300
% Crecimiento/Total Demanda		3,4%	3,5%	2,9%	2,8%	2,8%
Excedentes previstos en el Balance Oferta / Demanda. (Escenario Central. Informe Marco 2004)		70.326	115.360	125.183		

Los volúmenes adicionales a aprovisionar para el mercado convencional son del orden de 14.000 GWh/año, equivalente a 1,2 bcm, lo que supone un 3% del total de los aprovisionamientos para el mercado español, por lo que podemos considerar que son cantidades que han de poder ser asumidas entre los comercializadores actuales y los potenciales sin particulares dificultades. Dicha conclusión se basa en los excedentes de gas previstos sobre la demanda, calculados en el Balance Oferta-Demanda, del *Informe Marco sobre la demanda de energía eléctrica y gas natural y su cobertura del año 2004*. Como dato de referencia se ha de considerar el volumen del mercado mundial del GNL, que en el año 2004 fue de 178 bcm. A partir del año 2009, se prevé la entrada en funcionamiento del gasoducto Medgaz, con un volumen anual adicional de 93.040 GWh, con lo que las nuevas



necesidades de gas quedarán suficientemente cubiertas por los comercializadores.

Por tanto, se puede concluir que la propuesta de que GAS NATURAL ceda el contrato SAGANE I, conjuntamente a la prohibición de que esta empresa aumente sus aprovisionamientos por encima del nivel de 2005 mientras su cuota sea superior al 40% de la demanda de gas en España, excluidos los autoconsumos es viable, desde el punto de vista de los aprovisionamientos alternativos disponibles y de la demanda de los ciclos combinados.

En el contexto descrito, y como complemento a las medidas principales propuestas, sería además necesario adoptar disposiciones para suprimir las posibles limitaciones en las aportaciones del gas natural al sistema gasista español desde la conexión Medgaz, salvo las establecidas en orden a la diversificación de los abastecimientos de gas natural a España, según determina la Ley 34/1998 y el Real Decreto 1716/2004, de 23 de julio; y para constituir un mercado mayorista de compra-venta diaria del gas natural situado dentro del sistema gasista español en las oportunas condiciones de transparencia y publicidad de los resultados.

ENDESA dispone en la actualidad de un 12% de participación en Medgaz. En principio, desde un punto de vista de competencia, sería deseable que esta participación siguiera en manos de un operador diferente a GAS NATURAL. No obstante, y teniendo en cuenta otras consideraciones como la del carácter estratégico del proyecto, se presentan diferentes alternativas, las cuales serían aceptables en términos de competencia.



La propuesta de constituir un mercado mayorista de compra-venta diario del gas natural, situado dentro del sistema gasista español, se justifica por la necesidad que existe de disponer de una señal de precio para el gas natural, tanto para los consumidores, como para los proveedores. Este precio tiene que ser el resultado del libre juego de las fuerzas del mercado entre los agentes que operan en el mismo, y debe reflejar las tensiones entre la oferta y la demanda de gas en el mercado español, incluyendo su utilización en la generación eléctrica y por tanto la relación con el precio del pool eléctrico. La correcta determinación del precios del gas en el mercado español necesariamente ha de suponer una mayor garantía en el aprovisionamiento de gas, máxime cuando el sistema gasista se diseña de manera que siempre exista suficiente capacidad de entrada al sistema y el marco regulatorio facilita la entrada de nuevos operadores, sin crear elevadas barreras de entrada ni de salida.

En atención a las consideraciones y hechos puestos de manifiesto en este apartado se considera oportuno establecer las siguientes condiciones a la operación.

Primero. GAS NATURAL deberá ceder a la empresa Enagás, en un plazo máximo de seis meses contados desde la fecha de toma de control del Grupo Endesa, el contrato de aprovisionamiento con Sonatrach del gas natural procedente de Argelia y suministrado a través del gasoducto de El Magreb, contrato denominado Sagane I, de 5,6 bcm /año. Asimismo, GAS NATURAL cederá el correspondiente derecho de paso asociado a dicho gas por el



citado gasoducto en las condiciones técnicas y económicas aplicadas hasta la fecha.

ENAGAS, en cumplimiento de lo establecido en la Disposición Transitoria Decimosexta, de la Ley 34/1998, o su actualización, aplicará dicho gas al mercado a tarifa.

ENAGAS deberá cubrir las necesidades de gas natural para el mercado a tarifa adicionales a las aportadas por el contrato de aprovisionamiento del Magreb mediante procedimientos de concurrencia abiertos a todos los comercializadores que aporten gas al sistema gasista, evitándose la exclusividad actual practicada entre ENAGAS y el Grupo GAS NATURAL.

Los precios del gas del mercado a tarifa se elaborarán de manera que tengan en cuenta los precios del gas de los mercados internacionales y del mercado mayorista español de compra venta de gas. Los excedentes económicos que pudieran generarse de dicha venta tendrán el carácter de ingresos liquidables, y, en consecuencia, serán destinados a disminuir las tarifas de acceso o bien a inversiones necesarias en la actividad de transporte.

Las cantidades de gas del Contrato Sagane I que sean excedentarias de las necesidades del mercado a tarifa serán puestas anualmente a disposición de los comercializadores que actúen en el mercado español de gas, a excepción hecha de GAS NATURAL, mediante procedimientos de concurrencia, en condiciones de transparencia, no discriminación y en competencia con los precios del gas natural en los mercados. Los excedentes económicos que pudieran generarse de dicha venta tendrán el



carácter de ingresos liquidables, y, en consecuencia, serán destinados a disminuir las tarifas de acceso o bien a inversiones necesarias en la actividad de transporte.

Segundo. (Para esta condición se presentan tres alternativas igualmente válidas)

Alternativa A

GAS NATURAL deberá desinvertir el total de la participación de Endesa en el gasoducto del Medgaz y los contratos de aprovisionamiento de gas natural de ENDESA que tengan asociado el uso de dicho gasoducto con destino España.

Con objeto de que la operación sujeta a examen no disminuya el número de competidores, la adquisición de la mencionada participación de ENDESA y, en su caso, de los contratos a futuro asociados a la misma, no podrá ser realizada por ninguna de las compañías que actualmente participan en el proyecto, con la salvaguarda de los acuerdos societarios que pudieran existir en la materia.

Regulatoriamente se adoptarán las disposiciones precisas para suprimir las posibles limitaciones en las aportaciones del gas natural al sistema gasista español desde la conexión Medgaz, salvo las establecidas en orden a la diversificación de los abastecimientos de gas natural a España, según determina la Ley 34/1998 y el Real Decreto 1716/2004, de 23 de julio.

Alternativa B



Regulatoriamente se adoptarán las disposiciones precisas para suprimir las posibles limitaciones en las aportaciones del gas natural al sistema gasista español desde la conexión Medgaz, salvo las establecidas en orden a la diversificación de los abastecimientos de gas natural a España, según determina la Ley 34/1998 y el Real Decreto 1716/2004, de 23 de julio.

El gasoducto en el tramo español será de suficiente diámetro (igual o superior a 40") como para vehicular, desde su puesta en servicio, cantidades adicionales a las inicialmente previstas de 8 bcm.

GAS NATURAL no podrá adquirir, directa o indirectamente, gas ni capacidad del proyecto Medgaz, adicional a la correspondiente de Endesa en 2005.

Una vez transcurrido el plazo de cinco años desde la imposición de esta condición, el Gobierno examinará, atendiendo las condiciones del mercado de aprovisionamiento de gas y su evolución durante dicho periodo, si procede levantar esta prohibición o si, por el contrario, considera adecuado mantenerla

Alternativa C

GAS NATURAL deberá desinvertir el total de la participación de Endesa en el gasoducto del Medgaz y los contratos de aprovisionamiento de gas natural de ENDESA que tengan asociado el uso de dicho gasoducto con destino España.

Con objeto de que la operación sujeta a examen aumente la competencia en el sector doméstico y comercial, la adquisición de la mencionada participación de ENDESA y, en su caso, de los contratos a futuro asociados a la misma, se realizará por una



empresa activa en el mercado español en este segmento de clientes.

Regulatoriamente se adoptarán las disposiciones precisas para suprimir las posibles limitaciones en las aportaciones del gas natural al sistema gasista español desde la conexión Medgaz, salvo las establecidas en orden a la diversificación de los abastecimientos de gas natural a España, según determina la Ley 34/1998 y el Real Decreto 1716/2004, de 23 de julio.

Tercero. Mientras las aportaciones de gas al mercado nacional, de GAS NATURAL, superen el 40 % del consumo nacional, calculado como se indica en el párrafo siguiente, el grupo de empresas resultante de la OPA no podrá incrementar la cantidad de gas natural aportada en el año 2005.

El objetivo a medio o largo plazo de esta medida es que GAS NATURAL no pueda aportar por sí misma, ni indirectamente a través de terceros, tomando como ámbito el mercado mundial del gas natural, gas natural cuyo destino sea su consumo en España por encima de un máximo del 40% del consumo nacional medido en años naturales en los puntos de entrada al sistema gasista. Del consumo nacional anual de gas natural y de las aportaciones de GAS NATURAL en el año que corresponda, se excluirá el gas que haya sido destinado al autoconsumo de las empresas o grupos de empresas que aportan gas natural para su consumo en España.

Una vez transcurrido el plazo de cinco años desde la imposición de esta condición, el Gobierno examinará, atendiendo las condiciones



del mercado de aprovisionamiento de gas y su evolución durante dicho periodo, si procede levantar esta prohibición o si, por el contrario, considera adecuado mantenerla.

Cuarto. Regulatoriamente se adoptaran las disposiciones precisas para suprimir las posibles limitaciones en las aportaciones del gas natural al sistema gasista español desde la conexión Medgaz, salvo las establecidas en orden a la diversificación de los abastecimientos de gas natural a España, según determina la Ley 34/1998 y el Real Decreto 1716/2004, de 23 de julio.

Quinto. Se deberán adoptar las disposiciones regulatorias necesarias para que se constituya un mercado mayorista de compra venta diaria del gas natural situado dentro del sistema gasista español, y en las oportunas condiciones de transparencia y publicidad de los resultados.”

Hasta aquí la Propuesta Original. Aunque este Consejero que suscribe ya ha señalado hasta la reiteración que la operación no puede autorizarse por los efectos conglomerales que crea que no son remediables de forma alguna, es preciso reconocer que la Propuesta Original intentaba establecer remedios que pudieran paliar realmente las consecuencias negativas que se derivan de la operación en el mercado de aprovisionamientos de gas.

Sigamos con el comentario de la condiciones contenidas en la Resolución apoyada por el Voto Mayoritario.



4.2.- Respecto a la generación de electricidad.

El diagnóstico que se extiende a lo largo de las pags. 240 a 250 de la Resolución es coincidente con la Propuesta Originaria. Sin embargo, sin aparente explicación ni motivación alguna varían sustancialmente los remedios que se proponían en la Propuesta Originaria y los que se adoptan finalmente en al Propuesta de Resolución. Fundamentalmente la diferencia estriba en que se acaba proponiendo menos desinversiones en generación eléctrica que las que se proponían en la Propuesta Originaria.

Así en la Resolución se proponen los siguientes remedios:

" (...)

9.2.2. Condiciones

A partir de las conclusiones anteriormente descritas procede la exposición de las siguientes condiciones relativas al mercado de generación de energía eléctrica:

El plan de desinversiones a ejecutar habrá de recoger los aprox. 3100 MW previstos por GAS NATURAL²⁶, en la notificación de la operación, incrementados con la venta de un número adicional de MW . En concreto se plantea la enajenación de 1.200 mW adicionales.

El plan de desinversiones a ejecutar habrá de recoger desinversiones superiores a las previstas por GAS NATURAL, en la notificación de la operación, para situar el nivel de competencia en el mercado mayorista de

²⁶ En concreto, se habrían de enajenar las centrales referidas por GAS NATURAL, es decir, Teruel, As pontes, Foix y Estremera.



electricidad en condiciones similares a las que se darían si no se produjese la operación analizada.

Los análisis incorporados en el cuerpo del informe evalúan el impacto de la operación en los años 2005 y 2006.

Asimismo la desinversión de potencia asociada a nuevos proyectos no permite garantizar su efectiva realización por el adquirente en el plazo previsto, tanto por la necesidad de evaluación de las condiciones del proyecto por el nuevo adquirente, como por la problemática de autorización y aceptación social que quede pendiente en el momento de su transferencia. Este hecho resulta muy importante para el sistema eléctrico, dado que un retraso en los planes de inversión de nueva potencia puede afectar muy negativamente a la seguridad de suministro del sistema, al margen de empeorar notablemente las condiciones de competencia. Por consiguiente las desinversiones que finalmente se impongan a la empresa resultante de la concentración deben consistir en centrales en funcionamiento y no proyectos, manteniendo GAS NATURAL el compromiso de acometer los proyectos que tenía anunciados.

No obstante, para conseguir alcanzar el objetivo de neutralizar los efectos de la operación sobre la competencia de manera adecuada en el tiempo, no resulta necesario concentrar toda la desinversión en el momento de producirse la operación, pudiendo establecerse un plan diferido de desinversiones, de manera que en el momento inicial se desinvierta una potencia equivalente a la aportada por GAS NATURAL a la empresa resultante y posteriormente de manera anual se vaya desinvirtiendo un volumen de potencia en centrales construidas equivalente al total de la cantidad que finalmente se determine.



En cuanto a las tecnologías que pueden considerarse en la desinversión, cabe señalar que la potencia que aporta GAS NATURAL al grupo resultante es toda ella de ciclos combinados de gas natural, es decir de una tecnología retirable económicamente, en el sentido definido en el cuerpo del informe, y que puede participar en los mercados de servicios complementarios de regulación. En consecuencia, debe desinvertirse en tecnologías de producción igualmente retirables, que como se ha indicado son las más relevantes de cara al posible ejercicio de poder de mercado. Cabe destacar igualmente, que las centrales que el grupo GAS NATURAL aporta a la empresa resultante disponen de un período amplio de vida útil remanente, debiendo las desinversiones centrarse en activos con períodos de vida útil remanente superior, al menos, a los 10 años. Deben, por tanto, excluirse de cualquier plan de desinversión las centrales de fuel-oil (o fuel-gas), cuya vida económica residual no es comparable a las centrales aportadas por GAS NATURAL a la nueva empresa.

En cuanto a la ubicación geográfica de las centrales que se desinviertan, resulta necesario que parte de la potencia se ubique en Andalucía y Cataluña, debido al elevado nivel de concentración local, que afecta al mecanismo de restricciones, ocasionado por la operación, de manera que la concentración final en esta zona no supere a situación previa a la operación

En cuanto al comprador de dicho volumen de potencia, procede determinar que, en ningún caso, habrá de ser el primer operador actual, puesto que esta situación no solucionaría los posibles problemas de restricción de la competencia que genera la operación, no siendo, según las cifras resultantes, el comprador idóneo de los activos puesto que la



situación posterior a las desinversiones reforzaría la posición de dominio en el mercado de generación de energía eléctrica.

Podrían ser aceptables, a juicio de la CNE, cualesquiera de las otras modalidades de venta de activos al tercer o cuarto operadores actuales, o a un comprador independiente nuevo, pues el índice de concentración c1 se mantiene sin variación con respecto a dicho índice calculado antes y después de la fusión, ascendiendo a 30,3%. El índice c2 resultaría inferior al calculado después de la fusión. Con respecto al índice c3, únicamente disminuiría en el caso de que el comprador sea el cuarto operador o bien un tercero independiente, en este caso descendiendo por debajo del nivel previo a la fusión. El índice c4 sólo disminuye en caso de venta de activos a un nuevo agente.

En términos de variación del índice HHI cualesquiera de las modalidades referidas distintas de la venta al primer operador actual serían válidas, en algunos casos porque el incremento es reducido y en otros porque incluso desciende.

Por último, conviene señalar algunas consideraciones que han de tenerse en cuenta en el procedimiento de desinversión de activos de generación, que son válidos con carácter general.

La solución final a los posibles problemas de competencia generados por la presente concentración habría de ajustarse a los principios generales aplicables a las soluciones aceptables para la Comisión Europea, recogidos en la Comunicación de la Comisión Europea sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento CEE Nº 4064/89 del Consejo, modificado por el Reglamento CEE nº 139/2004 de 20 de enero de 2004, a saber:



- La cesión de activos habrá de permitir la creación de las condiciones para la aparición de una nueva entidad competitiva o la consolidación de los competidores ya existentes.
- Los activos a ceder habrán de transferirse a un comprador adecuado en un plazo específico, estando íntimamente ligada la viabilidad del conjunto de la cesión a la identidad del comprador. Las partes habrán de encontrar el comprador adecuado para la actividad enajenada, en este caso, los activos de generación de energía eléctrica.
- La cesión de los activos deberá completarse en un plazo fijado acordado entre las partes y el regulador.
- A los efectos de garantizar la eficacia del compromiso, la venta al posible comprador debería sujetarse al trámite de informe previo de la Comisión Nacional de Energía. Asimismo, el comprador deberá ser un competidor existente o potencial, viable, independiente y sin vínculo alguno con las partes implicadas en la operación de concentración. Habrá de poseer recursos financieros, experiencia demostrada e incentivos para mantener y desarrollar la actividad asociada a los activos adquiridos en competencia con las partes. Además, la adquisición de los activos por parte de un comprador no deberá crear nuevos problemas de competencia, ni ocasionar riesgos que pudieran retrasar la materialización de la misma. Así, a los efectos de evitar distorsiones de competencia en el mercado de generación de energía eléctrica, en el proceso de enajenación de los activos habrá de tomarse en consideración la situación



de los posibles compradores en el mercado de gas natural y electricidad.

- En el proceso de búsqueda de compradores de los activos integrados en el plan de desinversión final, no habrán de crearse condiciones que, directa o indirectamente, discriminen o perjudiquen a ningún posible comprador.”

Hasta aquí el texto literal de la Resolución. A continuación el Voto Mayoritario diseña un plan de venta de activos de generación eléctrica equivalentes a 4.300 MW, pero de forma que durante el año 2.006 sólo hayan de desinvertirse 1.600 MW (equivalente a la potencia instalada que aporta GAS NATURAL al Nuevo Grupo). Y se da un plazo de tres años más para totalizar la venta de los restantes hasta completar el total de 4.300 MW.

La sorprendente levedad de los remedios citados contrastan con la gravedad de los efectos que para el mercado mayorista de electricidad se describen en el Cuerpo de la Resolución y que el Consejero que suscribe ha intentado resaltar en el presente Voto Particular. Y sorprende también en relación con las condiciones impuestas en otros procesos de concentración, mucho más exigentes y más aun en el caso de los Votos Particulares formulados a ellas.

Llama la atención también la supresión de la referencia a IBERDROLA que se contenía en la Propuesta Original, para ser sustituida por una referencia al “primer operador”. Puede tratarse de un error, -porque en el curso del debate en la enmienda se mantenía la referencia al segundo operador-, o simplemente puede tratarse de que se ha reparado en una paradoja:

Si el diseño de la operación era pernicioso en su conjunto para el modelo y por ello debe rechazarse la operación, en el caso de que el Voto Mayoritario, -como



así ha sido-, insista en considerarla remediable con condiciones, carece de sentido que éstas se establezcan en perjuicio del segundo operador, que es el único que puede dar una mínima contestación al poder de mercado casi inigualable del Nuevo Grupo Resultante. En definitiva, entre la alternativa de un duopolio imperfecto o un monopolio imperfecto es mejor la primera de las alternativas (el duopolio imperfecto). Si ese es el sentido del cambio de la expresión puede considerarse un mal menor. Si es un simple error, la situación debió valorarse desde la perspectiva del poder de mercado del Nuevo Grupo y del resultante del acuerdo aplicando a ambos las mismas consideraciones. Lo que no tiene ningún sentido es permitir el conglomerado a GAS NATURAL y negárselo, -cuando existe además un Contrato suscrito a tal efecto-, con el segundo operador, único capaz de dar una cierta contestación a la nueva situación creada. En definitiva las condiciones resultan tener el efecto contrario al que se pretenden, ya que refuerzan aún más la posición de dominio del Nuevo Grupo resultante, que incrementará su capacidad pivotal, -pasando a ser el único agente en periodos mucho más dilatados que la situación preexistente-, e incrementará aún mas la capacidad de arbitraje y el incentivo para arbitrar precios entre el mercado de aprovisionamientos de gas y el mercado de generación eléctrica. Lo lógico, desde la perspectiva de quienes consideran aprobable la operación, hubiera sido proponer un reparto de activos entre todos los agentes, que equilibre la posición de todos ellos sin exclusiones, incluido la del Grupo Resultante.

Las anteriores consideraciones se realizan sin perjuicio de la valoración que dicho Acuerdo entre GAS NATURAL e IBERDROLA puede merecer desde la perspectiva de las autoridades de competencia o desde la perspectiva del derecho mercantil de prohibición de asistencia financiera a la operación.



Igualmente las observaciones anteriores se realizan sin perjuicio de la posición del Consejero que suscribe, partidario de la prohibición de la operación de concentración analizada.

A la levedad e ineficacia de las condiciones impuestas por el Voto Mayoritario que estamos comentando, hay que añadir que la Propuesta Originaria sugería una desinversión mayor porque lo siguiente (pags. 250 y 251 de la Propuesta Original):

“ Los análisis incorporados en el cuerpo del informe evalúan el impacto de la operación en los años 2005 y 2006. No obstante las medidas que puedan adoptarse para neutralizar los efectos negativos de la operación sobre el nivel de competencia en el mercado eléctrico deben contemplar un horizonte superior, particularmente debido a la eliminación de un competidor muy activo en la incorporación de nueva potencia.

Si se analiza el plan de incorporación de nueva potencia de GAS NATURAL en los próximos años, se observa que sólo en el año 2007 existen previsiones de instalación de una potencia superior a la que actualmente tiene en operación dicha empresa, lo que supone ritmos de crecimiento superiores al 50% anual. Este ritmo de crecimiento se basa en una estrategia combinada de entrada en el mercado de electricidad que no es reproducible, debido a la posición de GAS NATURAL en los aprovisionamientos y distribución de gas natural en España.

Por tanto, para neutralizar el impacto de la concentración analizada sería necesario imponer un nivel de desinversión, al menos, igual a las previsiones de incorporación de la empresa GAS NATURAL en los próximos años, que alcanzarían ya en 2007 los 4800 MW. Debido a la incertidumbre respecto de la inversión en períodos más alejados no es



posible emplear previsiones de la propia GAS NATURAL para evaluar el nivel de inversión en el horizonte de 2010, que constituiría un horizonte razonable para evaluar el impacto de la operación, habida cuenta del plazo de tramitación y desarrollo de nuevos proyectos por parte de cualquier nuevo agente que pudiese ocupar el lugar dejado por la producción de GAS NATURAL en el mercado.

Los valores anteriores serían más elevados que los propuestos por GAS NATURAL para el mercado español. No obstante, la propia empresa plantea niveles de desinversión similares en el negocio de generación eléctrica, aunque una parte significativa en mercados externos, en Francia e Italia. Desde un punto de vista de la competencia en el sector eléctrico nacional, la desinversión propuesta en mercados exteriores no aporta ningún beneficio al consumidor español y reduce igualmente el tamaño de la nueva empresa.

Se considera, por tanto, que incluso el volumen de desinversión que contempla la opción b) (propuesta+4000 MW) no afecta esencialmente al tamaño, ni al volumen de negocio por actividad energética, ni a la competitividad de la empresa resultante, manteniendo el mismo volumen de activos de generación en Europa, y sin embargo sí que permite mantener el nivel de competencia preexistente en el mercado de electricidad en España.”

Es decir, como puede observarse de lo que se decía en la Propuesta Original, la “condición” que se impone ahora por el Voto mayoritario de mantener los compromisos de inversión en generación anunciados por ENDESA y GAS NATURAL, neutraliza con creces las obligaciones de desinversión de 4.300 MW que se imponen como segunda condición (ya en el 2.007 la nueva inversión habrá ascendido a 4.800 MW, tal y como se señalaba en la Propuesta



Original). Además como el plazo para llevar a efecto esa desinversión que se concede al Nuevo Grupo es de cuatro años, el resultado es que en términos netos se permite el incremento de la capacidad de generación total del Nuevo Grupo en los próximos años, lo que va a producir distorsiones aun mayores sobre los efectos que ya han quedado analizados en el Cuerpo de este Voto Particular.

4.3. En relación con la comercialización y la distribución de gas y electricidad

El Voto Mayoritario contempla a lo largo del capítulo 9.3.1. (págs. 331 a 336) una descripción casi idéntica a la que se contenía en la propuesta original. La única diferencia es que se suprime de la Resolución el siguiente párrafo final de ese apartado:

“ **En segundo lugar, desaparecería el motor principal de la competencia observado hasta la fecha:** en las zonas geográficas de Andalucía, Aragón, Cataluña y sur de Extremadura, GAS NATURAL-ENDESA se convertiría en el único distribuidor de gas y electricidad y, como comercializador, no se enfrentaría a la competencia procedente de ENDESA como comercializador asociado al distribuidor eléctrico de la zona.” (pág. 360 de la Propuesta Original) (El subrayado es nuestro)

Sin embargo las condiciones que se recomendado se apartan notoriamente de lo recomendado en la Propuesta Original, que llegaba a solicitar modificaciones normativas del marco regulatorio, y en su lugar se establecen una serie de condiciones que van a constituir, paradójicamente, una nueva ventaja para el Grupo Resultante.



Comisión
Nacional
de Energía

En primer lugar es de resaltar que no se recomienda ninguna medida que pueda reparar el efecto conglomeral de la operación (ya hemos explicado en el Cuerpo de este escrito que realmente es imposible hacerlo). Por lo tanto las condiciones se refieren a limitaciones de cuotas en el mercado que además resultan notoriamente insuficientes y desproporcionadas en relación con precedentes anteriores.

Así por ejemplo establecer una cuota del 50% en comercialización, cuando GAS NATURAL está en estos momentos en un porcentaje que oscila entre el 42% y el 48%. Los requerimientos de independencia en la gestión no son más que las disposición contenidas en las Directivas comunitarias aun no transpuestas a nuestro ordenamiento jurídico, pero que habrán de serlo en breve con carácter genital para todos los operadores.

La prohibición de enajenar activos de distribución al que resulte ser primer o segundo operador en los mercados de gas y electricidad, además de la ambigüedad de la expresión, -ya que no define a que tipo de mercado se refiere-, resulta en dotar de mayor fortaleza al Nuevo Grupo Resultante y en imponer condiciones gravosas a competidores suyos con mucha menor fortaleza. Nuevamente aparece una doble vara de medir par analizar la consecuencias negativas de los efectos analizados, según se trate del Nuevo Grupo resultante o según se trate del segundo operador que podía darle una mínima contestabilidad. De nuevo el dilema entre el monopolio imperfecto y el duopolio imperfecto, que en opinión de este Consejero debería inclinarse por está ultima elección, ante la negativa del Voto Mayoritario a rechazar la operación analizada. Lo lógico, desde la perspectiva de quienes consideran aprobable la operación, hubiera sido proponer un reparto de activos entre todos los agentes, que equilibre la posición de todos ellos sin exclusiones, incluido la del Grupo Resultante.



El nuevo Capítulo 10, que introduce un Capítulo de recomendaciones sobre modificaciones regulatorias a realizar por el Gobierno para hacer desaparecer los efectos negativos de la Operación, son la prueba mas concluyente de que con el marco regulatorio actual la única posibilidad des rechazar la Operación, ya que no es posible ponerle remedios validos y eficaces por la vía de las condiciones.

No obstante lo anterior, podía haberse paliado de forma mucho mas intensa los efectos anticompetitivas si se hubieran admitido las propuestas de nuevas condiciones o mejoras de las existentes propuestas por este Consejero y por los Consejeros Sra. Fernández, Sr. Sierra y por este Consejero. La negativa del Voto Mayoritario a aceptar dichas propuestas justifican aun con mayor razón el Voto negativo de este Consejero al conjunto de la Resolución y la recomendación de improcedencia de la Operación.

El Voto mayoritario se limita a tratar de paliar los efectos de concentración horizontal., **ya que además de todo lo anterior, también se produce un empeoramiento significativo cuantitativa y cualitativamente de los índices de concentración (aumento de poder de mercado) en todos los mercados relevantes analizados**, empeoramiento que se produce además respecto de una situación que es superior a los umbrales a partir de los cuales se considera que pueden surgir problemas de competencia. Como decíamos al principio, la situación actual, aunque viene mejorando año a año, no es ni mucho menos el escenario deseado por el regulador. Cualquier paso atrás, cualquier cambio de tendencia, por insignificante que pueda parecer en términos cuantitativos, causa un grave daño a la credibilidad y, por tanto, a la viabilidad de un proceso de apertura a la competencia que es largo, complejo y difícil.

Y tampoco se acreditan ni evidencian las sinergias de la operación que se alegan por GSAS NATURAL y, más bien al contrario, según los exhaustivos



Comisión

Nacional

de Energía

análisis presentados por ENDESA sobre esta cuestión, pueden llegar a darse sinergias negativas, como veremos en el siguiente Capítulo.

Por otro lado, el mercado de la energía en general, y el de la electricidad en particular, tienen características que los hacen muy singulares.

Por todo ello, y por las razones expuestas que se han expresando hasta ahora, la decisión de esta CNE debió ser recomendar al Gobierno la prohibición de la operación analizada, por las razones que esquemáticamente y a modo de conclusión se resumen en el siguiente y último Capítulo.

Finalmente nos referiremos al presupuesto objetivo que permite autorizar una operación de concentración con condiciones (válidas y eficaces, claro está): las compensaciones y beneficios para los intereses generales que puedan compensar los efectos negativos para la competencia.

CAPITULO V. LAS ALEGADAS SINERGIAS DE LA OPERACIÓN

El artículo 17 1 b) de la Ley de Defensa de la Competencia establece la posibilidad de establecer condiciones si se da un presupuesto objetivo: la existencia de compensación y beneficios para el interés general.

Pero los beneficios y sinergias no basta con que sean alegados sino que debe existir evidencias de ellos y de que se destinan en beneficio del interés general.

Las sinergias a considerar no son, por tanto, las que aprovechen al Grupo Resultante para atender a su estrategia empresarial.



Comisión
Nacional
de Energía

La “lógica empresarial” de la Operación: la integración vertical de los sectores de electricidad y gas y sus efectos sobre la competencia en los mercados de la energía.

El planteamiento de Gas Natural se ha centrado en la audiencia de fecha 30 de Noviembre en explicar la lógica empresarial de la Operación desde la perspectiva de Gas Natural: pérdida de cuota de mercado en su negocio tradicional, limitaciones al crecimiento en el sector eléctrico mediante el monocultivo de ciclos combinados y apuesta estratégica por la integración vertical de los negocios de electricidad y gas.



La cuestión es que esta CNE no puede ni debe entrar a valorar la lógica empresarial de la operación porque es otro el objeto de su análisis en el ejercicio de la función 15ª. Por expresarlo muy gráficamente: nada tiene más lógica empresarial que diseñar estrategias que potencien posiciones de dominio o consoliden monopolios, siquiera temporales, para obtener el máximo valor de la situación en beneficio de los accionistas hasta que la competencia o los reguladores puedan reaccionar corrigiendo la situación. Forma parte de la lógica del mercado y de sus ciclos y ajustes para conseguir el óptimo de eficiencia global. Precisamente por ello, la función del regulador en el ejercicio de esta función 15ª no reside en valorar la lógica empresarial de la operación desde la perspectiva de los intereses de la empresa solicitante, -que corresponde gestionar y defender a sus administradores-, sino en la tarea de anticipar o prever los efectos que dicha estrategia empresarial en la que se enmarca la operación puede llegar a producir en el grado de competencia alcanzado y en su previsible evolución tanto en los mercados de electricidad como en los mercados del gas.

Y es en ese campo en el que los argumentos de GAS NATURAL adolecen de mayor debilidad: no es mediante la creación de los llamados “campeones



nacionales” como se podrá conseguir mayor competencia efectiva en España, dado el estado actual del proceso de liberalización. Más bien al contrario, la apuesta por los llamados campeones nacionales, -que puede tener sentido en un mercado único europeo realmente integrado y global-, constituye hoy por hoy un riesgo nada despreciable de que se produzca una notable paralización del proceso de liberalización iniciado hace algunos años y un aumento de los obstáculos que vienen impidiendo que dicho mercado único europeo pueda ser una realidad en los sectores de la electricidad y del gas.

La teoría de los llamados “campeones nacionales” parece apostar por un futuro en el que la competencia va a ser supuestamente mayor si cada País de la Unión Europea crea su propio “campeón nacional”, con suficiente dimensión para crear las sinergias y eficiencia suficiente como para competir con otros campeones nacionales en un mercado global y único para todos ellos. El riesgo que se encierra detrás de dicha proyección de futuro es calibrar inadecuadamente cual vaya a ser el ritmo real de integración de los mercados nacionales de gas y electricidad en un mercado único europeo, ya que puede ocurrir que el fenómeno de los campeones nacionales en mercados poco abiertos aún a la competencia y muy heterogéneos aún en cuanto a estructura, regulación e, incluso, en cuanto a sus interconexiones físicas, nos arroje a un escenario de mercados nacionales fragmentados dominados casi absolutamente por campeones nacionales que hagan imposible la competencia a cualquier otro agente externo y que aglutinen un poderoso conglomerado de intereses domésticos de cada País y su Campeón para no avanzar en la consecución de un mercado único real a nivel comunitario.

Algunas opiniones que plantean cambios, no se refieren a ajustes del modelo en vigor, que sigan apostando por una mayor liberalización y mayor competencia y que, por tanto, legitime la intervención del Estado sólo en esa dirección de facilitar mayor liberalización y mayor competencia. Algunas



opiniones plantean un cambio radical de modelo, un cambio de régimen, que se anule la carrera cuando acaba de comenzar, piden mayor regulación pero no para liberalizar sino para controlar un mercado “que no es de fiar”, para crear campeones nacionales porque renuncian a creer en el mercado europeo como algo real que pueda alcanzarse algún día, quieren desandar el camino porque no creen en el mercado. Como opinión más representativa de esa tendencia en España puede citarse la opinión del Dr. Gaspar Ariño que viene manteniendo las tesis siguientes:

“La cuestión que hay que plantearse para juzgar la bondad/maldad de la OPA es sencilla y podría formularse así: ¿A dónde queremos ir?; ¿cuál es modelo de sector eléctrico en el que creemos y al que queremos llegar?; ¿Qué modelo empresarial y de mercado, qué modelo de regulación, que modelo de explotación? Si no sabemos esto resulta, resulta muy difícil juzga racionalmente estas operaciones de concentración” Gaspar Ariño (Expansión. 29 set. 2005. “Sector Eléctrico: teoría de la razón veraz”)

“Los resultados de la reforma después de casi ocho años no son brillantes pero si esperanzadores. Hoy tenemos empresas más eficientes y un mejor servicio a un precio más barato, aunque ello no ha sido fruto de la competencia sino imposición de la autoridad. Se trata ahora de ver si es posible obtener esos mismos resultados respetando las reglas y principios que aprobamos en la ley y que decimos defender. Pero no es una tarea fácil.”

“El Reino Unido ha multiplicado el número de operadores, ha regulado coactivamente las transacciones cuando lo ha considerado necesario, ha abierto sus puertas a la inversión extranjera y ha renunciado a una política de “campeones nacionales”. Todo lo contrario de lo que han hecho hasta ahora Francia, Italia, Alemania, Portugal, Grecia o Bélgica (también a su modo Holanda), -es decir, casi toda Europa-, que han blindado sus empresas, han cerrado sus redes y sus mercados, permitiendo sólo simbólicas presencias de otros operadores.”



“¿Y donde estamos nosotros.? Pues nosotros estamos en medio de una gran contradicción. Aprobamos en su día una ley en la que se consagraba formalmente una serie de libertades (libertad de entrada, de acceso al mercado, de inversión, de ofertar libremente cantidades cada día al mercado al por mayor, libertad de comercialización. Pero luego todas estas libertades no se han tenido en realidad”

Respetando la opinión del citado académico, quizás sea exagerado concluir que las libertades que otorgaba la legislación realmente en la práctica no se han tenido. Mas bien lo que viene ocurriendo es que como en todo proceso de reforma y transición, han existido resistencias a los cambios que han obligado a la intervención constante de la autoridad para ir venciendo: lagunas legales, insuficiencia de infraestructuras y de capacidad, problemas técnicos, resistencia de autoridades locales a otorgar permisos, incremento de precios en mercados internacionales, retraso en interconexiones internacionales, etc...En definitiva, es cierto que las libertades consagradas en el modelo se han podido ejercer con menor intensidad que la que hubiera sido deseable, pero es innegable que se han ejercido y que la liberalización ha avanzado hasta colocarnos a la cabeza de Europa, sin que por ello se haya resentido la garantía del suministro (cosa que si ha ocurrido con la “experimentación” practicada en otros países y con las sucesivas reformas y contrarreformas aplicadas). Hay que seguir avanzando y profundizando en la liberalización, pero puede constituir una exageración afirmar que “las libertades, -la liberalización-, no se han tenido en realidad” y, por exagerado, el diagnóstico nos puede llevar a recetas totalmente desacertadas para la enfermedad detectada. En ese sentido, la disyuntiva que se plantea por el referido profesor es radical y sin matices:

“Por ello, plantea (El LIBRO BLANCO) la conveniencia de autentificar el modelo legal, de hacerlo realidad si es que se quiere mantener, mediante una serie de

*medidas que afectan al mercado de generación, al transporte y a la generación del sistema en el futuro. Ahora bien esto exige una **previa** decisión de política económica, industrial y regulatoria, que el Gobierno, visto lo visto, tendría que plantearse. Aquí es donde hay que apelar a la razón veraz. ¿Queremos realmente, porque creemos en él, ese modelo maximalista de competencia hasta ahora predicado o no creemos en él ni creemos que ello sea lo mejor para España en el momento actual?. Este es un tema, -repito-, que Gobierno y empresas tendrán que replantearse a la hora de decidir las operaciones de concentración anunciadas. No se pueden seguir esgrimiendo argumentos y razones que conducen en una dirección y luego avanzar en la dirección contraria. Si se entiende que la competencia no es fácil en el sector eléctrico y que esta nunca será lo que es en los mercados de productos, -no se pueden pedir peras al olmo-, entonces se debe renunciar a escenarios que sólo muy pocos países en el mundo se pueden permitir, por su educación, por su desarrollo tecnológico, sus recursos naturales o su cultura política."*

"¿Y que decir del marco regulatorio europeo? Este tiene unas aspiraciones desmedidas a la construcción de un mercado único de la electricidad que por ahora son sólo un buen deseo. Se da en él la misma contradicción: se predica, por un lado la competencia y el mercado, pero se practica una política de campeones nacionales y de monopolios/oligopolios descarados con empresas estatales como EDF, ENEL, ENI o EDP. Competir con ellas es un engaño. Ahora bien, si se piensa que todo ello es así y va a seguir siéndolo; si se prefiere también para España un mercado eléctrico de pocos y grandes operadores, poco competitivo (aunque algo) pero industrialmente fuertes, con capacidad de expansión internacional, entonces no podemos seguir entonando cantos a la liberalización, pidiendo que el Estado renuncie a sus poderes de intervención y que el precio de la energía lo fije el mercado; porque éste, sencillamente, no es de fiar. Habrá que aceptar entonces un mercado regulado, en sus ofertas, en sus precios y en su gestión. Esto es lo que entiendo por razón veraz."



Por otro lado, la tesis aparentemente contraria es defendida públicamente en España por el Dr. Julián Barquín Gil, como integrante de un grupo académico que engloba a los profesores Lars Bergman, de la Escuela de Económicas de Estocolmo (Suecia), Claude Crampes, de la Universidad de Toulouse (Francia), Jean-Michel Glachant, de la universidad Paris XI (Francia), Richard Green, de la Universidad de Birmingham (Reino Unido), Cristian Von Hirschhausen, de la Universidad de Tecnología de Dresden (Alemania), Francois Lévêque, de la Escuela de Minas de París (Francia) y Steven Stoff (Berkeley, EE.UU.). Así para el expresado profesor caben la siguientes conclusiones:

“La competencia no va a ser mayor si cada país de Europa cría a su propio campeón (o sus dos campeones) en gas y electricidad, sino que más bien debemos esperar una disminución de la misma y un retraso en la construcción del mercado interno. Y ello por tres razones:

La primera razón tiene que ver con el fortalecimiento de las barreras de entrada a nuevos competidores. En efecto, esencialmente hay dos formas de procurar la existencia de competencia efectiva. La forma directa es dividir los activos de producción entre un número elevado de compañías, de forma que ninguna pueda influir en el precio de forma significativa. Esta forma tradicional suele ser, en realidad, poco realista en el mercado de la electricidad o el gas, dominado por un número pequeño de grandes compañías. La forma indirecta es la amenaza de entrada: contener a los oligopolios existentes mediante la posibilidad de que nuevos competidores entren en su mercado si suben demasiado los precios.

En el mercado eléctrico, en el que la posibilidad de importar electricidad es limitada debido a la debilidad de las interconexiones eléctricas (en el caso de España, en el que la punta de demanda es de unos 40GW, la capacidad comercial total con Francia es del orden de 0,1 GW), el nuevo entrante típico sería una compañía que quisiera construir una central de gas: la tecnología más eficiente en el momento actual. Si la compañía de gas que ha de

suministrarle no tiene intereses directo en el mercado eléctrico, es de suponer que lo hará gustosa. Pero, ¿qué pasará si es su competidora también en electricidad?. Un argumento simétrico vale también en el mercado del gas: el cliente favorito de las compañías de gas son las eléctricas que les compran volúmenes grandes durante periodos largos (y el suministro de gas requiere grandes volúmenes durante periodos largos; si no me creen prueben a comprar en Qatar, Nigeria o Trinidad). Pero si las eléctricas locales son sus competidoras en el mercado del gas, ¿qué cliente encontrará una nueva compañía de gas que quiera instalarse en España?

La segunda razón para albergar temores sobre el desarrollo de un mercado europeo es que, una vez que el matrimonio entre grandes compañías de gas y electricidad se ha consumado, desaparece la mayor parte de los incentivos a invertir en el extranjero. Aumenta el atractivo de la vida doméstica (al fin y al cabo, por eso se casaron) y disminuye el deseo de meterse en casa ajena (donde es posible que se encuentren matrimonios similares, poco amigables con visitas no invitadas) y las energías para hacerlo, que se empleen para limar asperezas de la vida en común y hacer que el matrimonio, la nueva empresa, funcione.

*Finalmente (tercera razón) nuestros representantes políticos han decidido que el mercado interno de la energía se construirá sin ninguna agencia reguladora común. Muy al contrario, el marco legal común europeo (directivas y regulaciones) es muy, muy ligero (como diez veces más ligero, en peso de papel, que solamente la última Ley de Energía de EE.UU.). Su implantación depende así de la buena voluntad de los Estados miembros, de las agencias reguladoras nacionales, de sus operadores de transporte, sus mercados y sus agentes. El punto importante es que el mero cumplimiento legal no es ni el comienzo de la lista de requerimientos para que el mercado europeo de la energía sea una realidad. **Así pues, en las circunstancias presentes necesitamos cooperación, que requiere confianza. Si un Estado permite la creación de campeones nacionales, no debería sorprender que los demás miembros de la Unión concluyeran que su adhesión a los principios del***



mercado interno es, como mucho, una actitud meramente retórica, y actuar en consecuencia.”

En definitiva decimos que las tesis son “aparentemente” contrarias porque si se analizan los argumentos de fondo se puede llegar a afirmar que ambos profesores están de acuerdo en lo esencial: los campeones nacionales no van a favorecer el fenómeno de la competencia en los mercados de gas y electricidad. La discrepancia se reduce esencialmente a un pronóstico sobre el futuro: ¿es posible la competencia en mercados de electricidad y gas y por lo tanto el mercado europeo es posible y hay que seguir insistiendo en la liberalización o hay que abandonar toda esperanza, aceptar la realidad de la dificultad de introducir competencia en dichos mercados y abandonar la liberalización emprendida hace unos pocos años para volver al Marco Legal Estable con precios fijados políticamente?

Como puede observarse con las citas traídas como simple botón de muestra, el debate académico resulta vivo y apasionante. El debate, en sus estrictos términos académicos, trata de atinar con el mejor instrumento para servir adecuadamente al interés general. Pero en el ámbito regulatorio propio de esta CNE, la defensa del interés general (que engloba el equilibrio entre los intereses de los consumidores y de los agentes que operan en el sistema), no es una defensa abstracta, subjetiva, teórica, que se deba a su propia y libre percepción de cómo se sirve mejor a dicho interés general. La plasmación concreta del interés general a defender se consagra en el marco normativo que da lugar al modelo regulatorio vigente. Sólo a él y a su concreta aplicación puede esta CNE dedicar sus juicios, análisis, interpretaciones y conclusiones.

Es cierto que dicho marco siempre es perfectible, y por ello, el regulador puede elevar al Gobierno propuestas de reforma regulatoria cuando estima que algunos aspectos del modelo causan distorsiones que afectan a dicho interés



general. Pero no hay que olvidar que mientras dichas propuestas de reformas regulatorias no se plasman en reformas legislativas, el regulador sigue obligado a aplicar el modelo vigente, aunque pueda ser plenamente consciente de algunas de sus disfunciones. Por lo tanto, esta CNE no puede supeditar sus conclusiones a decisiones previas de política industrial, o de proyecciones teóricas de futuro sobre cambios en el actual modelo regulatorio español y europeo, o a supuestas disfunciones, lagunas o contradicciones en el modelo actualmente en vigor, ya sea en su perspectiva nacional o europea. Las conclusiones de esta CNE sólo pueden tener como marco de referencia el modelo regulatorio actualmente vigente.

Para la transición al nuevo modelo se optó por la gradualidad, con límites temporales y de consumos: para el consumo de gas y electricidad, 1 de enero de 2.003; para el fin del monopolio zonal en distribución de gas, 1 de Enero de 2.005. Es decir, el juego del mercado, las reglas del juego para que comience en toda su intensidad la competencia en beneficio de los consumidores, acaba prácticamente de empezar. Por utilizar un símil automovilístico, hasta ahora ha habido una preparación gradual, mucho trabajo de mecánica, de ingeniería, de preparación de la estrategia, de mentalización de los pilotos, de vueltas de entrenamiento y de fijar finalmente las posiciones de salida en la "pole".

Pero la carrera está ahora en sus primeras vueltas, acaba de comenzar realmente. Por ello sorprenden algunas voces que plantean la suspensión de la carrera alegando que no hay suficiente competencia. Y la pregunta es, ¿va a haberla con mayor intensidad si no dejamos que la carrera continúe y volvemos al punto de partida?

"En Inglaterra, no tenemos campeones nacionales y la energía es más barata. La liberalización ha permitido que inviertan en el país muchas empresas que aseguran el suministro a la población a un precio adecuado. No veo la ventaja



Comisión

Nacional

de Energía

de tener campeones nacionales” (Phil Bentley. Consejero de Centrica y director general para Europa. Expansión 29 de setiembre de 2.005.)

“En principio la integración del cuasimonopolio gasista español (Gas Natural) con el líder eléctrico (Endesa) no puede ser buena para la competencia.” Phil Bentley.

Ante la dificultad de hacer rentable esa presencia, Céntrica se plantea abandonar España. “Podemos invertir en otros países”, advierte Bentley.

Por otro lado esta CNE ya tuvo ocasión de contestar al Servicio de Defensa de la Competencia que no existían evidencias de las sinergias derivadas del solapamiento de redes de distribución de gas y electricidad.

Así el propio Servicio de Defensa de la Competencia lo recoge en su Informe en los siguientes términos:

“Según la CNE²⁷, la adición de redes podría tener determinados efectos negativos, en cuanto al desarrollo de las mismas, transparencia e integración vertical.

Según la notificante, la adición de redes genera unas eficiencias estimadas de 75 millones de euros anuales. La venta conjunta de gas y electricidad para el mercado liberalizado supone un claro atractivo para los clientes que pueden tener un solo proveedor energético y la una sola factura, con el consiguiente ahorro de costes administrativos y la optimización de recursos gracias al asesoramiento energético integrado.

Por su parte la CNE en su respuesta al requerimiento de información de este SDC señala que la adición de redes “puede presentar economías de escala y alcance en tres grandes áreas:

²⁷ Resolución CNE Gas Natural-Iberdrola 30-04-2.003



- Resulta compleja la valoración de los efectos potenciales de esta adición de redes. Por una parte, la ejecución de instalaciones (permisos, topografía, cartografía, zanjas, etc...)
- Los procesos de lectura, facturación y cobro.
- Gestión conjunta de las redes de distribución de gas y electricidad (gestión de averías, atención al cliente, administración dirección, etc..."

La propia CNE señala que la "ausencia de estimaciones oficiales sobre ahorros de costes procedentes de la confluencia de redes y la inexistencia de estudios de la CNE sobre la materia impide emitir opinión sobre su importancia cuantitativa que, en cualquier caso, dependerá de las especificidades de cada empresa"

En atención a todo lo anterior, la información disponible no permite cuantificar en este momento la magnitud de los aspectos positivos y negativos de los efectos conglomerado identificados" (Página 46 de la Versión No Confidencial). (El subrayado es nuestro)

Sin embargo, no sólo existe evidencia de la existencia de tales sinergias, sino que más bien cabe afirmar que existe evidencia de lo contrario. Por un lado, porque con la legislación actual no son posibles las sinergias derivadas de una explotación conjunta de ambas actividades, porque la **Ley obliga actualmente a la separación de actividades, para evitar la existencia de subvenciones cruzadas entre unas actividades y otras y garantizar así la transparencia de los costes que permitan la fijación de las tarifas de las actividades reguladas.** Esta CNE ha sido muy estricta en la aplicación de dicho principio al sancionar a prácticamente todos los operadores principales de los sectores de electricidad y gas, como consecuencia de la utilización de la factura del



distribuidor para trasladar ofertas del comercializador, la utilización de un único ensobrado para incluir publicidad del comercializador en correspondencia entre el distribuidor y su cliente a tarifa, o la utilización de la página “web” de un distribuidor para establecer “links” de conexión a páginas de otros agentes.

Por otro lado, tampoco se evidencian ventajas económicas con la integración de trabajos de campo, ya que se tratan de actividades distintas que exigen personal cualificado con conocimientos distintos y en muchos casos, la colocación en una misma zanja de obra civil de instalaciones de gas y electricidad, o está prohibida por disposiciones de seguridad industrial, o resulta antieconómica por las medidas de seguridad adicionales que han de adoptarse por imperativo de dichas disposiciones de seguridad industrial.

En el mismo sentido, ENDESA presenta un exhaustivo informe con fecha 9 de Diciembre de 2.005 en el que se detallan profusamente distintos argumentos y datos de naturaleza económica que permiten cuestionar seriamente las supuestas sinergias que se derivarían de la operación considerada en su conjunto.

Como conclusiones más relevantes del contenido de dicho informe cabe resaltar las siguientes:

“Las sinergias anunciadas por Gas Natural derivadas de la OPA (425 MM €) están sobrevaloradas

- Implica alcanzar un ratio de costes operativos/ventas del 6%, muy alejado de los ratios actuales del sector (8,4% para Endesa; 8,8% para Iberdrola y 8,9% para Gas Natural)
- Supone una reducción de los gastos de Endesa y Gas Natural de aproximadamente el 40% de la base actual conjunta (55% excluyendo el área de Distribución), llegando a ser en algunos casos



conceptos, como el área comercial, reducciones del 80%, lo cual no es factible.

- Su volumen es más de tres veces mayor que la estimación máxima realizada por DiamondCluster utilizando la información de gestión de Endesa con un alto nivel de detalle de la partidas de coste.

Esta sobre-estimación puede estar causada por:

- Una consideración de volumen de gastos de la situación de partida de Endesa superior a la realidad, ya que la estimación de Gas Natural se realizó sin haber tenido en cuenta acceso a información de Endesa al tratarse de una OPA hostil
- Una inclusión de costes que no son susceptibles de ahorros debido a:
 - o Obligaciones reglamentarias que impiden eliminar el coste, aunque puedan existir duplicidades (imposibilidad de fusionar negocios regulados, etc...)
 - o Haber alcanzado ya las máximas economías de escala y, por tanto, no beneficiarse de una mayor reducción del coste al aumentar el volumen/tamaño.

El estudio llevado a cabo con información detallada de la naturaleza de los costes de Endesa, refleja que las sinergias potencialmente derivadas de la OPA son del orden de 100 MM€ con un máximo difícilmente alcanzable de 140 MM€

- esto supone una reducción del 9,5%, con un máximo difícilmente alcanzable del 13%, de los gastos operativos de ambas compañías, en línea con experiencias internacionales de sinergias por fusiones y claramente inferior al 40% que se desprende de las estimaciones de Gas Natural.

(...)

El impacto de las sinergias negativas derivadas de los compromisos adquiridos por Gas Natural en la OPA (entre 95 MM€ y 160 MM€) anulan el potencial beneficio derivado de estas sinergias:



- Costes derivados de la nueva estructura societaria propuesta: 65-100 MM€
 - o Estimación basada en la experiencia de Endesa en la realización del camino inverso, en su tránsito de una estructura organizativa por territorios a una por procesos, alcanzando una mayor eficiencia que se diluiría con la propuesta de Gas Natural.
- Costes de equiparación de convenios laborales: 30-60 MM€

Adicionalmente, y al margen de estos impactos negativos, la magnitud de las sinergias operativas alcanzables (entre 95 y 140 MM€) es muy inferior a la potencial destrucción de valor (>3.000 MM€) que han estimado expertos del sector por impactos en:

- El mercado de aprovisionamiento de gas.
- El mercado mayorista de electricidad
- Los mercados minoristas de gas y electricidad.”

En conclusión, parece que tampoco resultan evidencias de los beneficios que para el sistema y el interés general pueden derivarse de la operación y existen argumentos muy sólidos para estimar que no existen tales sinergias, a excepción hecha de la propia situación estratégica de ventaja sobre otros competidores que alcanzaría el grupo Resultante, en perjuicio de la competencia.

El Profesor Julián Barquín Gil, en el reciente e interesante artículo de opinión que venimos glosando, acertaba a señalarlo con una capacidad de síntesis digna de elogio, en los siguientes términos:

“...nos encontramos con un mercado muy peculiar, tan peculiar que durante muchos años se supuso que no podía existir, que era un ejemplo claro de “monopolio natural” . (..) En suma, el sentido común (y numerosos estudios económicos) muestran que la elasticidad de la demanda de electricidad (el cambio en la demanda cuando cambia el precio) es muy baja, al menos en el



corto plazo. (...). En cualquier caso, las compañías eléctricas tienen, de forma natural, un incentivo muy fuerte a subir el precio: saben que a corto plazo la demanda no cambiará mucho. Y esto causa que el problema regulatorio numero uno del sector eléctrico el control de los posibles abusos de posición dominante. De otra forma, **autorizar una fusión debido a una subestimación del poder de mercado de la entidad resultante puede ser extraordinariamente costoso para el consumidor.**

Por supuesto, denegar una fusión por un exceso de precaución es también costoso: se pueden perder las ganancias de eficiencia. Pero es que, normalmente, estas ganancias suelen ser bastante bajas, de otro orden de magnitud que los posibles costes por abuso de poder de mercado. Suelen ser bajas incluso comparadas con las propias declaraciones que las empresas involucradas presentan antes de la fusión, como muestra la literatura económica sobre el tema...

En definitiva, la disyuntiva para el expresado Profesor resulta aparentemente sencilla:

“En estos tiempos, los gobiernos suelen afirmar que actúan movidos por el interés del pueblo, y las autoridades reguladoras, que solamente admitirán una fusión o adquisición si incrementa el bienestar de los consumidores. Así, en principio, la tarea parece fácil: compárese aquella parte de las ganancias de eficiencia que la transacción traerá que serán disfrutadas por los consumidores, con los efectos anticompetitivos de la misma. Sin embargo, en un mundo imperfecto los errores son inevitables. Y siendo así, es vital preguntarnos de que preferimos pecar...”

Ya hemos visto que las sinergias no se evidencian sino que parece evidenciarse sólo perjuicios y muy graves para el resto de los competidores y para los consumidores, como recordaremos esquemáticamente en el siguiente y último Capítulo de BREVES CONCLUSIONES.



CAPITULO VI.- BREVES CONCLUSIONES.

De todo lo expuesto hasta ahora puede extraerse una conclusión principal: debe denegarse la operación porque existen al menos cuatro efectos negativos intensamente anticompetitivos para los que no es posible encontrar remedio alguno eficaz y viable

La Operación afecta a cuatro elementos esenciales del modelo vigente, puede decirse que estratégicos, que se deterioran intensamente en los niveles de competitividad alcanzados hasta ahora y, de permitirse, suponen un auténtico cambio de modelo, una vuelta a tras a niveles de competencia de hace cuatro años, pero sin elementos estratégicos que permitan cambiar la situación por la dinámica de las propias fuerzas competitivas puestas en juego.

1º.- Desaparición del maverik en aprovisionamientos de gas, que es irremplazable por la sólida posición que ocupaba en el mercado mayorista de electricidad.

2º.- Desaparición del maverik en generación eléctrica, que es irremplazable por la sólida posición que ocupaba en el mercado mayorista de gas..

3º.- Desaparición del maverik en comercialización de electricidad, que es irremplazable por la sólida posición que ocupaba en el sector de gas..

4º.- Desaparición del maverik en comercialización de gas, que es irremplazable por que la sólida posición que ocupaba como incumbente en el sector de electricidad.

5º.- Integración vertical heterogénea del incumbente de electricidad y del incumbente de gas que le coloca en posición estratégica y por cuotas de mercado totalmente inigualable por ningún otro agente..

Cada uno de estos efectos, por si solo, seria suficiente para denegar la operación. Pero la combinación de todos ellos da lugar a una combinación particularmente perniciosa para la competencia, con alto nivel de reforzamiento del nuevo Grupo Resultante, que adquiere una posición de dominio nueva, desconocida hasta ahora, -por su intensidad y falta de contestación posible-, en el modelo regulatorio español, y que se asienta en las siguientes efectos:

- a) Vuelta a posiciones de dominio estratégico en al aprovisionamiento de gas, empeorado con la actual coyuntura de los mercados internacionales y con las medidas regulatorias adoptadas hasta ahora por el Gobierno.
- b) Vuelta a posiciones de dominio estratégico en la fijación de precios en el mercado mayorista de electricidad, empeorado con la mayor integración del negocio de gas como combustible para la generación eléctrica y, por tanto, la mayor dependencia del mercado de aprovisionamientos de gas. Y empeorado con la mayor incertidumbre regulatoria sobre el sentido de las reformas que se dicen pendientes (Libro Blanco)
- c) Vuelta a posiciones de dominio estratégico en el desarrollo de las actividades de distribución y comercialización, empeorado con la mayor incertidumbre sobre el diseño final de dichas actividades, tras la transposición de las directivas.



Y es que todo lo anterior no es remediable mediante la imposición de condiciones, y no remediable por un lado porque exigiría cambios regulatorios que no es posible imponer al conjunto del sector por la vía del art. 17 1 b) de la ley Defensa de la Competencia, y no es remediable por este efecto de conglomerado (integración vertical heterogénea) **es buscado estratégicamente por la Compañía que la propugna, GAS NATURAL**

En definitiva reproducimos como conclusión final la Enmienda que presentó el Consejero que suscribe, al Capítulo de CONCLUSIONES, que como cabe suponer fue rechazada por el Voto mayoritario del Consejo:

“ ENMIENDA 3.1.-

Sustituir el Título por el nuevo **Título “Conclusiones”**, seguido del texto siguiente:

“El diagnóstico que se realiza en el cuerpo de esta Resolución permite constar que **se pierden competidores insustituibles en sus respectivas posiciones** de competencia recíproca, cada uno de ellos como “discolo” (maverik firm) en el sector de su respectivo incumbente, en sectores que siguen tendiendo fuertes barreras de entrada y grados de apertura a la competencia aún muy incipientes.

Además el grupo resultante de la operación heredaría el fuerte grado de integración vertical y la posición dominante de GAS NATURAL en el sector del gas y de ENDESA en el sector eléctrico. Por tanto, tendría una presencia simultánea muy importante en los dos sectores, **inigualable por otros operadores actualmente activos en el mercado.**



El nuevo grupo tendría el incentivo y la capacidad de incrementar simultáneamente los precios del mercado de generación eléctrica y los precios de comercialización de gas, debido a sus cuotas elevadas en aprovisionamiento de gas y en el mercado de generación eléctrica, y arbitrarán entre ambos mercados en función del precio del mercado eléctrico. GAS NATURAL con el tamaño que adquiriría en generación, unido a su posición privilegiada en aprovisionamientos y comercialización podría llegar a condicionar la liquidez del mercado de comercialización de gas.

Adicionalmente, cabe destacar que la desaparición de Gas Natural del mercado eléctrico supone la pérdida de un competidor en acelerado crecimiento, que potencialmente alcanzaría en los próximos años una posición muy significativa en el mercado, introduciendo mayor competencia en el sector. Además se trata de un competidor de características no repetibles, debido a su integración con los negocios de comercialización y, sobre todo, de aprovisionamiento y distribución de gas, lo que refuerza el impacto de la operación sobre la competencia en el mercado eléctrico.

A nivel nacional, en el mercado de comercialización de gas natural, la cuota de ENDESA ENERGIA es sólo del 5% en términos de energía vendida, cifra que puede parecer no demasiado relevante. Sin embargo, se trata de un competidor importante, especialmente en el segmento doméstico, donde esta comercializadora es la segunda por clientes suministrados, estando especialmente activa en las regiones donde el grupo es ENDESA tiene distribución de electricidad

Además esos efectos negativos se reforzarían debido a la mayor concentración horizontal que la operación generalmente produciría en los mercados ascendentes y descendentes. Esta situación se produciría en la integración existente entre aprovisionamiento-comercialización de gas,



generación eléctrica-comercialización de electricidad y distribución-comercialización (de gas o electricidad).

La fuerte posición del nuevo grupo en gas y electricidad **sería inigualable por otros operadores** actualmente activos en el mercado.

Desde la perspectiva de la concentración horizontal los análisis incorporados en el cuerpo del informe evalúan el impacto de la operación en los años 2005 y 2006. No obstante las medidas que puedan adoptarse para neutralizar los efectos negativos de la operación sobre el nivel de competencia en el mercado eléctrico deben contemplar un horizonte superior, particularmente debido a la eliminación de un competidor muy activo en la incorporación de nueva potencia.

Si se analiza el plan de incorporación de nueva potencia de GAS NATURAL en los próximos años, se observa que sólo en el año 2007 existen previsiones de instalación de una potencia superior a la que actualmente tiene en operación dicha empresa, lo que supone ritmos de crecimiento superiores al 50% anual. Este ritmo de crecimiento se basa en una estrategia combinada de entrada en el mercado de electricidad que no es reproducible, debido a la posición de GAS NATURAL en los aprovisionamientos y distribución de gas natural en España.

Por tanto, para neutralizar el impacto de la concentración analizada sería necesario imponer un nivel de desinversión, al menos, igual a las previsiones de incorporación de la empresa GAS NATURAL en los próximos años, que alcanzarían ya en 2007 los 4800 MW. Debido a la incertidumbre respecto de la inversión en períodos más alejados no es posible emplear previsiones de la propia GAS NATURAL para evaluar el nivel de inversión en el horizonte de 2010, que constituiría un horizonte razonable para evaluar el impacto de la



operación, habida cuenta del plazo de tramitación y desarrollo de nuevos proyectos por parte de cualquier nuevo agente que pudiere ocupar el lugar dejado por la producción de GAS NATURAL en el mercado.

Desde el punto de vista de la competencia, con la elevada integración entre comercialización y distribución que existe actualmente podría no ser adecuada la superposición de redes de distribución eléctrica y gasista, por la clara posición de ventaja que hoy en día tienen las empresas de comercialización pertenecientes a grupos empresariales con actividades de distribución, suponiendo que los vicios actuales del sistema continúan produciéndose: acceso privilegiado a información comercial, mejor conocimiento de protocolos y procedimientos, indiferenciación de marca entre distribuidora y comercializadora, etc.

Si bien se estima en la Propuesta de Resolución que tales efectos podrían ser paliados mediante la subordinación de la aprobación de la operación a la observancia de determinadas condiciones, acompañándolo de modificaciones normativas, entiende esta CNE que no es posible la aprobación de una operación de concentración que exiga , para restablecer el nivel de competencia previa existente, la modificación del marco legal sectorial vigente.

Adicionalmente, la propia operación y las modificaciones normativas a ella asociadas, alteran los fundamentos del actual modelo regulatorio, invirtiendo la dinámica del proceso de liberalización en marcha desde 1.997 y 1.998 en los sectores de electricidad y gas, respectivamente, y que se han concretado en numerosos precedentes de decisiones regulatorias que han impedido prácticamente todos los intentos de concentración en el sector.



Comisión
Nacional
de Energía

De la misma forma, la consolidación de un Nuevo Grupo con las características novedosas por su intensidad de efecto conglomerado (integración vertical del negocio de electricidad y gas y posición de dominio en todos los mercados relevantes de gas y electricidad) **puede condicionar el resultado de los debates regulatorios pendientes** (Libro Blanco; transposición directivas comunitarias, MIBEL, metodología y asignación de tarifas, etc...) y, por tanto, el modelo final resultante, haciendo inviables otras alternativas que si lo hubieran sido sin la operación de concentración que ahora se analiza..

Por otro lado, **no existe evidencia de las sinergias** que supuestamente se obtendrían como consecuencia de la operación de concentración, y de las alegaciones presentadas por las partes parece desprenderse más bien la inexistencia de ellas.

Por todo ello, esta CNE recomienda al Gobierno, con arreglo a lo previsto en el art. 17 1 c) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que declare improcedente la operación analizada, ordenando que no se proceda a la misma.”

Justificación

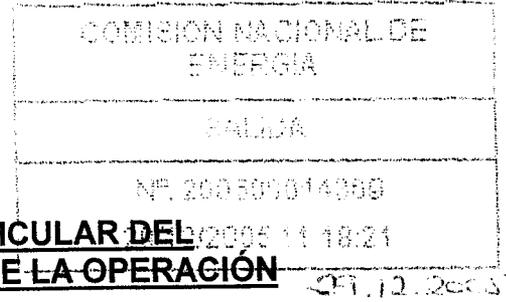
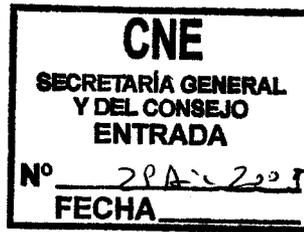
Resulta mas coherente, a juicio de este Consejero, con el diagnóstico de la situación que se realiza en el Cuerpo de la Propuesta de Resolución.”

En Madrid, a veintisiete de Diciembre de dos mil cinco

Fdo. Consejero D. Francisco Javier Peón



Comisión
Nacional
de Energía



FE DE ERRATAS EN RELACION CON EL VOTO PARTICULAR DEL CONSEJERO D. JAVIER PEON EN LA FUNCION 15ª DE LA OPERACIÓN DE GAS NATURAL Y ENDESA

Se han observado algunos errores de transcripción al mezclar texto de la Resolución, con las que hemos llamado Propuesta Original y Propuesta Modificada (tres erratas), errores de transcripción al mezclar texto de la llamada Propuesta Original con la Propuesta Modificada (cinco erratas) y errores de simple señalización numérica (trece erratas). A continuación se detalla cada una de ellas para su adecuada corrección.

A).- Debido a errores de transcripción del texto de la Resolución, con texto de las que hemos llamado Propuesta Original y Propuesta Modificada, se han observado los siguientes errores cuya subsanación se detalla:

Primera Errata.-

En la página 24 donde dice:

“...con ventajas inigualables por comercializadores independientes, a una amplia base de clientes” (El subrayado es nuestro)

Insistimos en que esto lo dice la propia Resolución...”

Debe adicionarse el siguiente texto:

“...con ventajas inigualables por comercializadores independientes, a una amplia base de clientes” (El subrayado es nuestro)

Sin embargo, la Resolución matiza en su página 280 dichas expresiones numerando los Cuadros como Cuadros nº 146, 147 y 148 y modificando muy levemente el tenor literal que acabamos de transcribir cuando refiriéndose a los efectos horizontales matiza:

“Los efectos horizontales (concentración en un mismo mercado) son presentes pero no implican aumentos de cuotas muy sustanciales con respecto a las fuertes posiciones actuales de ENDESA en electricidad y GAS NATURAL en gas, puesto el grado de coincidencia en los mismos mercados es en general bajo, con la excepción quizás de la comercialización de electricidad.”

En el resto de la transcripción que acabamos de realizar en los párrafos precedentes coinciden literalmente la Propuesta Originaria y la



Comisión
Nacional
de Energía

Resolución, y por tanto, insistimos en que esto lo dice la propia Resolución...”

Segunda Errata.-

En la página 198 y 199, se incluye texto de la Propuesta Original en una errónea transcripción de la Resolución. Por ello, donde dice:

“Antes con carácter general ya comentamos que la Resolución suprimió toda referencia contenida en el Capítulo 9 a la necesidad de reformas normativas para poner remedio a los efectos anticompetitivos de la operación. Pero en la Resolución se conserva el siguiente párrafo:

“9. CONCLUSIONES Y CONDICIONES.

“En este caso ante la entidad de la operación (concentración del primer operados en todos los mercados de gas y del primer operador en la casi totalidad de los mercados de electricidad y la gravedad de los problemas de competencia suscitados, sólo una adecuada elección de las condiciones, algunas de carácter estructural, puede paliar dichos problemas, pues otro tipo de medidas de comportamiento resultarían manifiestamente insuficientes para tal objetivo” (el subrayado es nuestro) (Página 310 de la Resolución).”

Debe decir lo siguiente:

“Antes con carácter general ya comentamos que la Resolución suprimió toda referencia contenida en el Capítulo 9 a la necesidad de reformas normativas para poner remedio a los efectos anticompetitivos de la operación. Además en la Propuesta Original se establecía en su página 323 lo siguiente:

“En este caso ante la entidad de la operación (concentración del primer operados en todos los mercados de gas y del primer operador en la casi totalidad de los mercados de electricidad) y la gravedad de los problemas de competencia suscitados, sólo una adecuada elección de las condiciones, algunas de carácter estructural, puede paliar dichos problemas, pues otro tipo de medidas de comportamiento resultarían manifiestamente insuficientes para tal objetivo” (el subrayado es nuestro)

Pero en la Resolución se conserva el siguiente párrafo:



Comisión

Nacional

de Energía

“En este caso ante la entidad de la operación (concentración del primer operados en todos los mercados de gas y del primer operador en la casi totalidad de los mercados de electricidad y los efectos sobre la competencia suscitados, sólo una adecuada elección de condiciones, **algunas de carácter estructural** puede compensar dichos efectos”

Tercera Errata.-

En la página 202, se incluye texto parcial de la Propuesta Modificada, donde dice:

“9.1.2. Condiciones

Primera

Para lograr este objetivo, una posibilidad sería que GAS NATURAL cediera íntegramente a la empresa Enagás el contrato de aprovisionamiento con Sonatrach del gas natural procedente de Argelia y suministrado a través del gasoducto de El Magreb, contrato denominado Sagane I, de 5,6 bcm/año, equivalente a 65.000 GW/año, que para el año 2.004 supondría una cuota del 19,7% del total del aprovisionamiento de gas natural para España.

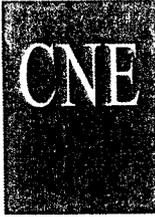
Cabe recordar que de acuerdo con la legislación en vigor el destino del referido contrato de aprovisionamiento debe ser preferentemente el mercado a tarifa”

Debe decir, para transcribir correctamente nuestra cita del texto original de la Resolución, lo siguiente:

“9.1.2. Condiciones

En base a todo lo tratado en los epígrafes previos, las condiciones que se proponen a continuación tienen por objeto favorecer la competencia, fomentando la diversificación y la competencia en dicho mercado y propiciando la aparición de más empresas con dimensión y capacidad para operar en el mercado de los aprovisionamientos con destino a España.

Primera



Comisión
Nacional
de Energía

Para lograr este objetivo, una posibilidad sería que GAS NATURAL pusiera a disposición de las empresas comercializadoras no integradas en su grupo empresarial las cantidades de gas natural del contrato SAGANE I que excedan del consumo a tarifa.

El Contrato de aprovisionamiento con Sonatrach del gas natural procedente de Argelia y suministrado a través del gasoducto de El Magreb, contrato denominado Sagane I, de 5,6 bcm/año, que para el año 2.004 supondría una cuota del 19, 7% del total del aprovisionamiento de gas natural para España.

Cabe recordar que de acuerdo con la legislación en vigor el destino del referido contrato de aprovisionamiento debe ser preferentemente el mercado a tarifa”.

B).- Por otro lado, debido a errores en la transcripción de texto correspondiente a la que hemos denominado Propuesta Original, con texto correspondiente a la que hemos denominado Propuesta Modificada, se observan los siguientes errores cuya subsanación detallamos:

Cuarta Errata.-

En la página 209, se incluye texto parcialmente erróneo de la Propuesta Modificada, donde dice:

“Para lograr este objetivo, se propone una posibilidad seria que GAS NATURAL ceda cediera íntegramente a la empresa.....”

Debe decir, para respetar la cita literal de la Propuesta Original, lo siguiente:

“Para lograr este objetivo, se propone que GAS NATURAL ceda íntegramente a la empresa...”

Quinta Errata.-

En la misma pag. 209, para respetar la cita literal de la Propuesta Original, ha de suprimirse el párrafo siguiente, que corresponde en realidad a la Propuesta Modificada:

“No obstante esta cesión solo podría llevarse a cabo en el supuesto de que todas las partes intervinientes en dicha cesión estuviesen de acuerdo con la misma. Esto es, tanto ENAGAS como la otra parte en el contrato, SONATRACH, deberían prestar su consentimiento para la cesión del contrato. “



Comisión
Nacional
de Energía

Sexta Errata.-

En la pág. 222, se incluye texto de la Propuesta Modificada, donde dice:

“Las cantidades de gas del Contrato Sagane I que sean excedentarias...”

Debe decir, para respetar la cita literal de la Propuesta Original, lo siguiente:

“La cantidades de gas que sean excedentarias...”

Séptima Errata.-

En la página 223, se incluye texto de la Propuesta Modificada, donde dice:

“...por ninguna de las compañías que actualmente participan en el proyecto, con la salvaguarda de los acuerdos societarios que pudieran existir en la materia.”

Debe decir, para respetar la cita literal de la Propuesta Original, lo siguiente:

“...por ninguna de las compañías que actualmente participan en el proyecto.”

Octava Errata.-

En la página 229, se incluye texto de la Propuesta Modificada, donde dice:

“...la empresa resultante disponen de un periodo de vida útil remanente, debiendo las desinversiones centrarse en activos con periodos de vida útil remante superior, al menos, a los 10 años. Deben, por tanto, excluirse de cualquier plan de inversión las centrales de fuel-oil (o fuel-gas), cuya vida económica residual no es comparable a las centrales aportadas por GAS NATURAL a la nueva empresa.”

Debe decir, para respetar la cita literal del texto de la Propuesta Original, lo siguiente:

“...la empresa resultante disponen de un periodo de vida útil remanente, debiendo las desinversiones centrarse en activos con periodos de vida útil remante superior, al menos, a los 10 años.”

C) Errores de numeración.-

Novena Errata.-



Comisión
Nacional
de Energía

En la pág. 9 donde dice:

“En la página 35 de la Propuesta Originaria...”

Debe decir:

“En la pagina 34 in fine y 35 de la Propuesta Originaria...”

Décima Errata.-

En la pág. 19 “in fine”, donde dice:

“Y continúa afirmándose en la Resolución, en la pags. 256 y 257 lo siguiente...”

Debe decir:

“Y continúa afirmándose en la Resolución, en la pag. 256 lo siguiente...”

Decimoprimer Errata.-

En la pág. 20 donde dice:

“Posteriormente en las páginas 259 y siguientes...”

Debe decir:

“Posteriormente en las páginas 260 y siguientes...”

Decimosegunda Errata.-

En la página 22 “in fine” donde dice:

“...los define con toda nitidez la Propuesta Original en su página 280:”

Debe decir:

“...los define con toda nitidez la Propuesta Original en su página 289:”

Asi mismo debe suprimirse de la cita la numeración de los Cuadros aludidos como nºs 146, 147 y 148.

Decimotercera Errata.-



Comisión

Nacional

de Energía

En la página 30, 31 y 32, la numeración de los Cuadros como Cuadro 1, Cuadro 2 y Cuadro 3, debe sustituirse por la numeración Cuadro 149, Cuadro 150 y Cuadro 151.

Decimocuarta Errata.-

En la pág. 33 cuando dice:

“El problema se define en la propia Resolución, aunque en ocasiones de forma un tanto confusa. (Pág. 293): ...”

Debe decir:

“El problema se define en la propia Resolución, aunque en ocasiones de forma un tanto confusa. (Pág 293 in fine y 294):...”

Decimoquinta Errata.

En la pág. 55 cuando dice Cuadro 41 debe decir Cuadro 51.

Decimosexta Errata.-

En la pág. 68, el señalado como Cuadro 5 debe decir Cuadro 51.

Decimoséptima Errata.-

En la pág. 195 in fine, donde dice:

“...el efecto anticompetitivo de la Operación es muy intenso. Así se define:...”

Debe decir:

“...el efecto anticompetitivo de la Operación es muy intenso. Así se define en la pág. 324 de la Propuesta Original:...”

Decimoctava Errata.-

En la pág. 203 donde dice:

“Además propone una segunda condición

“Segunda

GAS NATURAL pondrá a disposición de las empresas comercializadoras no integradas en su grupo empresarial, en condiciones de transparencia, objetividad y no discriminación, el gas equivalente a los contratos de



Comisión
Nacional
de Energía

aprovechamiento de gas natural de los que disponía ENDESA en fecha previa al inicio de esta operación” (pág. 314)”

Debe corregirse el nº de pág. de la cita ya que se trata de una cita de la pag. 315 de la Resolución y no de la pág. 314..

Decimonovena Errata.-

En la pág. 227 donde dice:

“El diagnóstico que se extiende a lo largo de las pags. 240 a 250 de la Resolución es coincidente con la Propuesta Originaria”

Debe decir:

“El diagnóstico que se extiende a lo largo de las págs 315 a 325 de la Resolución es coincidente con la Propuesta Originaria”

Vigésima Errata.-

En la pág. 234 donde dice:

“A la levedad e ineficacia de las condiciones impuestas por el Voto Mayoritario que estamos comentando, hay que añadir que la Propuesta Originaria sugería una desinversión mayor porque lo siguiente (pags. 250 y 251 de la Propuesta Original):”

Debe corregirse la cita de las páginas ya que en realidad se trata de las páginas 350 y 351 de la Propuesta Original y no las citadas erróneamente como pags. 250 y 251.

Vigésimoprimera Errata.-

En la página 236 donde dice:

“El Voto Mayoritario contempla a lo largo del capítulo 9.3.1. (pags 331 a 336) una descripción...”

Debe corregirse la cita de las páginas y debe decir (pags. 331 a 338) en lugar de la cita errónea (pags 331 a 336).

Advertencia general.-



Comisión

Nacional

de Energía

La numeración de las notas a pie de página que se contienen en las citas literales de otros documentos no en todos los casos se corresponden con la numeración del original transcrito, sino que pueden incorporar en su lugar la numeración correlativa de los pies de página del propio escrito que constituye el Voto Particular.

Madrid, a veintinueve de Diciembre de dos mil cinco.

Fdo. Consejero D. Francisco Javier Peón.