



Comisión  
Nacional  
de Energía

**INFORME DE LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA EN  
RELACION AL ESCRITO DE OMEL PLANTEANDO  
DIVERSAS CONSULTAS DERIVADAS DE LA RESOLUCION  
SOBRE OPERADORES PRINCIPALES Y DOMINANTES**

15 de junio de 2006

## **INFORME DE LA COMISION NACIONAL DE ENERGIA EN RELACION AL ESCRITO DE OMEL PLANTEANDO DIVERSAS CONSULTAS DERIVADAS DE LA RESOLUCION SOBRE OPERADORES PRINCIPALES Y DOMINANTES**

Con fecha 23 de marzo de 2006 ha tenido entrada en la CNE un escrito de OMEL por el que solicita informe a esta Comisión en relación con algunas cuestiones a la vista de la Resolución de 16 de febrero de 2006 de la CNE por la que se establecen y hacen públicas las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos.

En cumplimiento de la referida solicitud, y en el ejercicio de las funciones que le atribuye la Disposición Adicional Undécima.Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía ha acordado en su sesión celebrada el día 15 de junio de 2006, aprobar el siguiente

### **INFORME**

#### **1 ANTECEDENTES**

Con fecha 23 de marzo de 2006 ha tenido entrada en la CNE un escrito de OMEL por el que se plantean ciertas cuestiones y solicitudes a la vista de la Resolución de 16 de febrero de 2006 de la CNE por la que se establecen y hacen públicas las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos.

Las cuestiones planteadas por OMEL afectan a los siguientes aspectos:

a) Determinación del colectivo de entidades que no podrán realizar adquisiciones de energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad o en terceros países.

b) Aplicación de las limitaciones establecidas en el artículo 28 del Real Decreto 436/2004 de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, en redacción dada por el artículo Sexto cuatro del Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico

A) Determinación del colectivo de entidades que no podrán realizar adquisiciones de energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del mercado ibérico de la electricidad o en terceros países.

OMEL indica en su escrito que se han suscitado dudas al respecto de la aplicación de la prohibición de importación que el artículo 13.7 de la Ley 54/1997 establece a los operadores dominantes, tras la nueva redacción ofrecida por el Real Decreto-Ley 5/2005, que indica que *“...las adquisiciones de energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad o en terceros países no podrán ser realizados por los operadores que tengan la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico.”*

Con respecto a este aspecto, OMEL hace alusión a lo establecido en la Resolución de la CNE sobre operadores principales y dominantes:

*“...la CNE ha determinado los operadores dominantes de manera global, respectivamente, en el marco de cada uno de los sectores de la energía y no de manera separada e individualizada para cada una de las actividades (generación, producción, distribución y suministro) que se desarrollan en los citados sectores, a fin de referir los grupos empresariales que ostentan la condición de operadores dominantes de cada sector, mediante la consideración global de los datos de mercado correspondientes a las*

*sociedades de tales grupos que desarrollan las diferentes actividades del sector correspondiente.”*

Así, OMEL cuestiona si la citada limitación *“aplica tan sólo a las sociedades matrices de tales grupos empresariales estrictamente enunciados en la resolución de la CNE arriba referenciada o si también debe considerarse extensiva a las entidades pertenecientes a su grupo.”*

OMEL manifiesta que habría de considerarse que la limitación a la importación ha de hacerse extensiva a las entidades pertenecientes al grupo empresarial que ostenta la condición de operador dominante, en virtud de lo establecido en la literalidad de la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, en la redacción dada por el artículo 19 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, que expresamente se refiere a grupo empresarial en los términos establecidos en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores:

*“Tendrá la condición de operador dominante en los mercados o sectores energéticos toda empresa o grupo empresarial, definido según lo establecido en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que tenga una cuota de mercado superior al 10 por ciento en cualquiera de los siguientes sectores:*

- a) Generación y suministro de energía eléctrica en el ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL)...”*

Asimismo, indica que *“desde un punto de vista teleológico o finalista no parece lógico que una filial pueda llevar a cabo una actividad que su cabecera o matriz no puede verificar.”*

En segundo lugar, y en caso de que la CNE coincida con el criterio expresado por OMEL, se plantea la cuestión relativa a la identificación de las filiales o entidades del grupo, así como el criterio a aplicar, bien el establecido en el citado artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores o cualquier otro, citando como ejemplo el artículo 185 de la Ley de Sociedades Anónimas.

OMEL indica en su escrito que, a la fecha, ha procedido a dar de baja y reducir la potencia a cero a aquellas unidades que operan en el mercado para importar energía de Francia y Marruecos, cuya titularidad corresponde a sociedades que explícitamente han sido citadas en la relación de operadores dominantes aprobada y publicada por la CNE. Continúa exponiendo OMEL que, en el caso de que dicha limitación se extendiera a las entidades pertenecientes a su grupo, surge un problema de orden práctico en la medida en que OMEL desconoce las entidades que constituyen los grupos empresariales, si ésta información no le es remitida, puesto que no existe una determinación al respecto similar a la incorporada en el Real Decreto-Ley 3/2006, que en su Disposición Adicional segunda establece que *“antes del dos de marzo los agentes del mercado diario de producción deberán comunicar al operador del mercado el grupo empresarial al que pertenecen de conformidad con lo establecido en el artículo uno, apartado 4, de la presente disposición.”*

Señalado todo lo anterior la petición concreta de OMEL al respecto de este tema es la siguiente:

*“...solicitamos por tanto que, si la CNE comparte el criterio y lo considera procedente, disponga que sus servicios técnicos mantengan informado a este Operador del Mercado sobre cuáles son las entidades concretas que forman parte de los grupos empresariales mencionados en la relación de operadores dominantes del sector eléctrico. En el supuesto de ser otra la interpretación, se solicita de la CNE que indique al Operador del Mercado el procedimiento a seguir para poder aplicar la normativa adecuadamente, en el bien entendido que si no se recibe una lista complementaria o se indica otro modo de proceder OMEL no podrá aplicar la normativa vigente en toda su extensión sino en la forma limitada ya señalada.”*

B) Aplicación de las limitaciones establecidas en el artículo 28 del real decreto 436/2004 de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, en redacción dada por el artículo sexto cuatro del real decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico.

Tal y como indica OMEL en su escrito, el citado artículo establece una serie de limitaciones a los operadores dominantes en el sector eléctrico:

*“4. Los operadores dominantes del sector eléctrico, determinados por la Comisión Nacional de la Energía, así como las personas jurídicas participadas por alguno de ellos, sólo podrán actuar como agentes vendedores en representación de las instalaciones de producción en régimen especial de las que posean una participación directa o indirecta superior al 50 por 100. Esta limitación debe ser aplicada, igualmente, a los contratos de adquisición de energía firmados entre los comercializadores del operador dominante y sus instalaciones de régimen especial. Se entiende que una empresa está participada por otra cuando se cumplan los criterios establecidos en el artículo 185 de la Ley de Sociedades Anónimas.”*

Indica OMEL que el citado artículo prevé limitaciones para un colectivo indeterminado, ya que ni la norma ni la CNE han identificado u obligado a identificar al colectivo afectado por su relación con los operadores dominantes. En definitiva, expone que el Operador del mercado no puede conocer la participación accionarial de dichos operadores dominantes en las entidades que representan como agentes vendedores o con quienes han suscrito contratos de adquisición de energía eléctrica.

Asimismo indica que, sin perjuicio de solicitar a la CNE la determinación del colectivo total de entidades afectadas por el citado artículo, OMEL ha remitido comunicación a los operadores dominantes a los efectos de requerir el envío de la información indispensable para poder aplicar las limitaciones expuestas.

Adicionalmente, OMEL se refiere al artículo 28.5 del Real Decreto 436/2004, el cual establece limitaciones similares a las anteriores pero dirigidas a sociedades que no tienen la consideración de operadores dominantes:

*“5. Los titulares de instalaciones de producción en régimen ordinario que no pertenezcan a los operadores dominantes, así como las personas jurídicas participadas por alguno de ellos, o terceras sociedades que ejerzan la representación de instalaciones de producción,*

*podrán actuar como agentes vendedores en representación de instalaciones de producción en régimen especial, con la adecuada separación de actividades por cuenta propia y cuenta ajena, y hasta un límite máximo del 5 por 100 de cuota conjunta de participación del grupo de sociedades en la oferta del mercado de producción. Estas características y limitación deben ser aplicadas, igualmente, a los contratos de adquisición de energía firmados entre los comercializadores no pertenecientes a los operadores dominantes y las instalaciones de régimen especial. Se entiende que una empresa está participada por otra cuando se cumplen los criterios establecidos en el artículo 185 de la Ley de Sociedades Anónimas.”*

Según expone OMEL, a la vista del artículo anterior, resulta necesario para aquella recabar el superior criterio de la CNE a efectos de interpretar correctamente la aplicación del mencionado porcentaje del 5 por ciento, en la medida en que no resultan evidentes determinados aspectos para proceder a su aplicación. Así, indica que no se determina si la cuota conjunta de participación del grupo de sociedades debe tener en cuenta toda la producción ofertada al mercado, ya sea de su propia titularidad más aquella representada por agente vendedor o formalizada en contratos bilaterales, o bien solamente la representada y formalizada, ni tampoco se hace alusión a la periodicidad ni la entidad que debe proceder a la revisión de dicha cuota.

Termina OMEL su escrito indicando que *“sería muy positivo obtener la autorizada respuesta de esa Comisión a las cuestiones planteadas en esta consulta y especialmente en los supuestos recogidos en el artículo 28 del Real Decreto 436/2004, ya que, de conformidad con lo expuesto en su artículo 28.6: “La Comisión Nacional de Energía será responsable de incoar los correspondientes procedimientos sancionadores en caso de incumplimiento de lo previsto en los apartados anteriores”. Siendo pues esa Comisión la encargada de incoar los correspondientes procedimientos sancionadores, quien mejor que ella misma, para establecer las pautas de aplicación a los supuestos recogidos en el repetido artículo 28.4.”*

## 2. CONSIDERACIONES DE LA CNE

A la vista de las cuestiones planteadas por OMEL ante la CNE caben las siguientes consideraciones:

- A) Determinación del colectivo de entidades que no podrán realizar adquisiciones de energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del mercado ibérico de la electricidad o en terceros países.

En relación con este aspecto procede hacer alusión a la norma que define el concepto de operador dominante. Así, a través del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, se introduce la Disposición adicional tercera al Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, en la que se recoge el concepto de operador dominante como *“toda empresa o grupo empresarial, definido según lo establecido en el artículo 4 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, que tenga una cuota de mercado superior al 10 por ciento...”*

De la definición anterior podría interpretarse que la referencia a grupos empresariales implica que se entiende afectada tanto la sociedad matriz como las sociedades filiales bajo su control, no habiendo de identificar, en principio, qué sociedades filiales son dominantes y cuales no, puesto que todas aquellas que conforman el grupo ostentarían dicha consideración.

Según recoge la Disposición Adicional tercera del Real Decreto-Ley 6/2000, los operadores dominantes se determinan en los mismos mercados o sectores definidos en el artículo 34.2 del Real Decreto-Ley 6/2000. Además, la norma señala que tendrá la condición de Operador Dominante en los mercados o sectores energéticos, *“toda empresa o grupo empresarial, definido según lo establecido en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que ostente una cuota de mercado superior al 10 por ciento en cualquiera de los siguientes sectores...”*, por lo que, al igual que se recogía en el apartado correspondiente a la determinación de los operadores principales, la CNE ha determinado los operadores dominantes de manera global, respectivamente, en el marco de cada uno de los sectores de la energía y no de manera separada e individualizada para



cada una de las actividades (generación, producción, distribución y suministro) que se desarrollan en los citados sectores, a fin de referir los grupos empresariales que ostentan la condición de operadores dominantes de cada sector, mediante la consideración global de los datos de mercado correspondientes a las sociedades de tales grupos que desarrollan las diferentes actividades del sector correspondiente.

No obstante, a la vista de la incidencia que tiene la definición de los operadores dominantes en el sector eléctrico en términos de obligación de emisión de energía primaria (cuando así sea desarrollado reglamentariamente) para aquellos sujetos específicamente referidos en la norma (Disposición Adicional decimosexta de la Ley 54/1997) como *“productores de energía eléctrica que tengan la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico”*, y dado que otras medidas limitativas a aplicar a los operadores dominantes se adoptarán, generalmente, para cada tipo de actividad, esta Comisión considera que resulta más adecuado realizar para dicho sector energético una diferenciación, dentro de la relación, entre las actividades de generación y suministro, considerando como dominantes de cada una de dichas actividades aquellas sociedades cuya cuota de mercado supere el 10 por ciento del total de dicha actividad.

Pero para la cuestión relativa a la prohibición de realización de adquisiciones en países comunitarios o terceros países, comparte efectivamente la CNE el criterio señalado por OMEL, pues en este caso sí procede aplicar la limitación a todas las sociedades del grupo, en tanto en cuanto dichas sociedades estarían legitimadas (si no fuera por la prohibición adicional prevista por su condición de dominante) con arreglo a la normativa general vigente para realizar ese tipo de adquisiciones. Otra solución podría ser deseable cuando la limitación específica se aplica a un conjunto determinado de sociedades del grupo atendiendo a la actividad específica que desarrollan, en cuyo caso la condición de dominante y la prohibición o medida regulatoria asociada le vendrá dada por su inclusión en una relación específica confeccionada atendiendo a la actividad concreta que ejerce.

En cuanto a la consulta que OMEL plantea relativa al criterio de identificación de las filiales o entidades que conforman el grupo, no procede que esta Comisión lleve a cabo esa tarea por cuanto que corresponde a los propios sujetos señalados como operadores dominantes cumplir con las limitaciones específicas que se les imponen, haciéndolas extensivas a todas

las sociedades de su grupo, con arreglo a los criterios que recoge el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores y al que la propia Disposición adicional tercera de la Ley se remite expresamente.

Señala el referido artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores:

*“A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto.*

*Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del Artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad mas uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por esta.*

*A efecto de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.”*

Esta Comisión entiende que el operador del mercado dispone de las facultades necesarias a los efectos de recabar cuanta información considere precisa para el ejercicio de sus funciones, pudiendo requerir directamente a los grupos operadores dominantes información sobre cuáles son las filiales que conforman el grupo de sociedades, según lo establecido en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores.

B) Aplicación de las limitaciones establecidas en el artículo 28 del Real Decreto 436/2004 de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, en redacción dada por el artículo sexto cuatro del real decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico

En relación con esta cuestión, procede señalar de nuevo que no corresponde a la CNE el ejercicio de otra competencia ejecutiva que la de determinación de los operadores dominantes, sin que tal se extienda a la determinación de las sociedades participadas, las que deberán ser identificadas por los propios sujetos destinatarios de la norma.

En cuanto al modo de cómputo de la cuota del 5 por ciento, entiende esta Comisión que caben diversas interpretaciones, correspondiendo en todo caso a las sociedades destinatarias de la norma proceder a su cumplimiento, debiendo además rebatirse la consideración contenida en el escrito de OMEL según la cual el criterio de la CNE constituiría la *“interpretación auténtica”*. pues ésta es la que emana de su autor, no la que hace el órgano que tiene la competencia para incoar e instruir un procedimiento sancionador.

Ciertamente, la falta de precisión de la norma sobre los extremos planteados por OMEL en su escrito supone que, en tanto no sea objeto de ulterior desarrollo o interpretación por parte de los órganos del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a través de las correspondientes disposiciones de desarrollo para cuya adopción está habilitada conforme a la Disposición final cuarta del Real Decreto 436/2004, aquélla puede ser susceptible de distintas interpretaciones.

En todo caso, desde esta Comisión y a la vista de la solicitud de informe puede señalarse la posible interpretación según la cual cabría considerar la *“cuota conjunta de participación del grupo de sociedades en la oferta del mercado de producción”* a la que se refiere la norma, es decir, toda la oferta realizada al mercado, sumando la propia, la de las sociedades del grupo, la representada y atendiendo a la extensión de la limitación que se recoge en la última frase, también la formalizada en contratos bilaterales. En cuanto al periodo de cómputo, pueden utilizarse varios criterios temporales, ya sea el ejercicio precedente, ya sea el mes inmediatamente anterior, siendo ello perfectamente calculable por el propio Operador del Mercado a la vista de la información de que dispone.

### 3. CONCLUSIONES

A la vista de las consideraciones anteriores cabe concluir:

**Primera.-** Comparte efectivamente la CNE el criterio señalado por OMEL en materia de prohibición de realización de adquisiciones en países comunitarios o terceros países, materia en la cual sí procede aplicar la limitación a todas las sociedades del grupo, en tanto en cuanto dichas sociedades estarían legitimadas (si no fuera por la prohibición adicional prevista por su condición de dominante) con arreglo a la normativa general vigente para realizar ese tipo de adquisiciones.

En cuanto a la consulta que OMEL plantea relativa al criterio de identificación de las filiales o entidades que conforman el grupo, no procede que esta Comisión lleve a cabo esa tarea por cuanto que corresponde a los propios sujetos señalados como operadores dominantes cumplir con las limitaciones específicas que se les imponen, haciéndolas extensivas a todas las sociedades de su grupo, con arreglo a los criterios que recoge el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores y al que la propia Disposición adicional tercera de la Ley se remite expresamente.

**Segunda.-** En relación con la segunda cuestión planteada, procede señalar igualmente que no corresponde a la CNE el ejercicio de otra competencia ejecutiva que la de determinación de los operadores dominantes, sin que tal se extienda a la determinación de las sociedades participadas, las que deberán ser identificadas por los propios sujetos destinatarios del precepto recogido en el Real Decreto 436/2004.

En cuanto al modo de cómputo de la cuota del 5 por ciento, entiende esta Comisión que caben diversas interpretaciones, correspondiendo en todo caso a las sociedades destinatarias de la norma proceder a su cumplimiento, si bien desde esta Comisión y a la vista de la solicitud de informe puede señalarse la posible interpretación según la cual cabría considerar la *“cuota conjunta de participación del grupo de sociedades en la oferta del mercado de producción”* a la que se refiere la norma, es decir, toda la oferta realizada al mercado, sumando la propia, la de las sociedades del grupo, la representada y por último, atendiendo a la extensión de la limitación que se recoge en la última frase, también la formalizada en contratos bilaterales. En cuanto al periodo de cómputo, pueden

utilizarse varios criterios temporales, ya sea el ejercicio precedente, ya sea el mes inmediatamente anterior, siendo ello perfectamente calculable por el propio Operador del Mercado a la vista de la información de que dispone.