



Comisión
Nacional
de Energía

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

25 de abril de 2007



Comisión
Nacional
de Energía

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

ANTECEDENTES DE HECHO

- I. Con fecha de 23 de junio de 2000 fue aprobado por el Gobierno el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en los Mercados de Bienes y Servicios, posteriormente convalidado mediante Acuerdo del Congreso de los Diputados de fecha de 29 de junio de 2000, y modificado a través de la Disposición Adicional decimotercera de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y a través del artículo decimoctavo del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

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

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

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

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

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

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

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

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

En cuanto al concepto de operador dominante, la nueva Disposición Adicional tercera del Real Decreto Ley 6/2000 establece:

“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).*
- b) *Producción y distribución de carburantes.*
- c) *Producción y suministro de gases licuados del petróleo.*
- d) *Producción y suministro de gas natural. “*

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

IV. Con fecha de 16 de febrero de 2006, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía acordó aprobar las relaciones de operadores principales y dominantes en los mercados energéticos correspondientes al ejercicio de 2005, con base en los datos relativos al ejercicio de 2004.

El 10 de marzo de 2006, se publica en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de 16 de febrero de 2006 de la CNE, por la que se establecen a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 y en la Disposición Adicional tercera del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos.

V. El Consejo de Administración de la CNE, en su sesión celebrada el 29 de junio de 2006, acuerda, con base a los artículos 68 y 69.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, iniciar un procedimiento administrativo para la elaboración de las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos, con base a los datos relativos al ejercicio de 2005.

VI. En el marco de dicho procedimiento administrativo, con fecha 6 de julio de 2006 la Comisión Nacional de Energía remite los correspondientes requerimientos de información a distintos agentes que operan en los mercados eléctricos y de hidrocarburos líquidos y gaseosos, con la finalidad de recabar la información necesaria para la elaboración de la relación de operadores principales y dominantes, otorgando un plazo de 10 días hábiles para la remisión de los datos, recibándose sucesivamente en esta CNE la información solicitada de los correspondientes operadores.

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

- VIII. Con fecha de 13 de marzo de 2007 tiene entrada en la CNE escrito de ENDESA por el que realiza un conjunto de consideraciones de orden procedimental y sustantivo, solicitando en el primer orden el reconocimiento de su condición de interesada y el otorgamiento del trámite de audiencia con carácter previo a la aprobación de la Resolución. En cuanto al fondo, realiza un conjunto de consideraciones respecto a la imposibilidad de exclusión del Grupo Viesgo de la relación de operadores principales del sector eléctrico, basadas en una interpretación literal así como en una interpretación finalista del artículo 34 RDL 6/2000; la vulneración a su juicio del artículo 12 del Tratado de Roma por el que se prohíbe la discriminación por razón de nacionalidad; la existencia de precedentes en el ámbito de la normativa de competencia en el que se ha constatado la existencia de un grupo de sociedades sin existir sociedad matriz española; el motivo de los actos propios de ENEL, y el riesgo potencial de fraude de ley.
- IX. Con fecha de 21 de marzo de 2007 tiene entrada en la CNE escrito de ENEL en el que manifiesta su interés en que Viesgo sea excluida de la relación de operadores principales y en que la relación sea aprobada de forma inmediata; y en materia de procedimiento señala la improcedencia de nuevos trámites en el procedimiento, tales como el trámite de audiencia.
- X. Con fecha de 20 de marzo de 2007 tiene entrada en la CNE escrito de ENDESA por el que se ratifica en su anterior escrito de fecha 13 de marzo de 2007, y a su vez señala que la CNE ha de emplear la cifra de negocios como parámetro para medir la cuota de mercado en el sector de la electricidad, rebatiendo los motivos recogidos por la CNE en la última Resolución de operadores principales, y señalando que el criterio de la cifra de negocios es el empleado por las autoridades de competencia, el utilizado en la legislación de telecomunicaciones y por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; señala igualmente que a su juicio deben sumarse las cifras de negocio correspondientes a los mercados de generación y suministro, y no considerar solamente, en relación con cada empresa o grupo empresarial, la mayor de ambas.

- XI. Con fecha de 22 de marzo de 2007 el Consejo de Administración de la CNE dicta Resolución en relación con la confidencialidad del presente expediente, notificando la misma a los interesados. En la misma sesión el Consejo de Administración acuerda, de conformidad con lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, poner de manifiesto a las partes interesadas el expediente administrativo tramitado, por un período de diez días hábiles a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación.
- XII. Con fecha de 4 de abril de 2007 tiene entrada en la CNE escrito de ENDESA, S.A. realizando alegaciones dentro del trámite de audiencia.
- XIII. Con fecha de 9 de abril de 2007 tiene entrada en la CNE escrito de IBERDROLA, S.A. realizando alegaciones dentro del trámite de audiencia.
- XIV. Con fecha de 9 de abril de 2007 tiene entrada en la CNE escrito de ENEL VIESGO GENERACION, S.L. realizando alegaciones dentro del trámite de audiencia.
- XV. Con fecha de 10 de abril de 2007 tiene entrada en la CNE escrito remitido por UNION FENOSA, S.A. realizando alegaciones dentro del trámite de audiencia.
- XVI. Con fecha de 11 de abril de 2007 tiene entrada en la CNE escrito remitido por IBERDROLA, S.A. por el que remite una corrección de los datos previamente enviados en respuesta al requerimiento de la CNE.
- XVII. Con fecha de 12 de abril de 2007 tiene entrada en la CNE escrito de HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO, S.A. realizando alegaciones dentro del trámite de audiencia.
- XVIII. El Consejo de Administración de la Comisión Nacional de Energía, en su sesión celebrada el día 25 de abril de 2007, acuerda aprobar la presente Resolución en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Uno. Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, no podrán ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad”.

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

“Ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente podrá ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de

participación superior al 3 por 100 del total en el capital o en otros valores que confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en un mismo mercado o sector”.

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

Por último, en el número tres del artículo 34 se establece que se consideran poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las participaciones adquiridas o poseídas por las entidades pertenecientes a su mismo grupo de acuerdo con la definición del mismo que establece el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 18 de julio, del Mercado de Valores, así como las adquiridas o poseídas por otras personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquella, de forma concertada o formando una unidad de decisión, señalándose los supuestos en que se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de actuación concertada.

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

“Tres. A los efectos previstos en este artículo, se considerarán poseídas o adquiridas por una misma persona física o jurídica las acciones, participaciones u otros valores poseídos y adquiridos por las entidades pertenecientes a su mismo grupo tal y como éste se define en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28

de julio, del Mercado de Valores, así como los poseídos o adquiridos por las demás personas que actúen en nombre propio pero por cuenta de aquélla, de forma concertada o formando con ella una unidad de decisión.

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

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

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

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

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

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

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

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

III.1. Sobre la delimitación de los mercados energéticos

El artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 establece en su número dos, en la nueva redacción dada por el Real Decreto Ley 5/2005, respecto a los mercados o sectores afectados por la norma, lo siguiente:

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

- a) Generación y suministro de energía eléctrica en el ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL).*
- b) Producción y distribución de carburantes.*
- c) Producción y suministro de gases licuados del petróleo.*
- d) Producción y suministro de gas natural.*
- e) Telefonía portátil.*
- f) Telefonía fija.”*

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

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

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

En cuanto a la composición de los mercados o sectores afectados, el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 se refiere de manera conjunta, en el apartado

a) del párrafo primero de su número dos, a las actividades de generación y suministro de energía eléctrica en el ámbito del MIBEL, en el apartado b) de manera conjunta a las actividades de producción y distribución de carburantes, en el apartado c) a las actividades de producción y suministro de gases licuados del petróleo y, en el apartado d) a las actividades de producción y suministro de gas natural, sin distinguir entre ellas en apartados distintos como sí hace el referido precepto, sin embargo, entre las actividades de telefonía fija y portátil, desarrolladas ambas en el sector de telecomunicaciones. Es decir, cuando el legislador ha pretendido distinguir entre diferentes actividades de un mismo sector, a efectos de la determinación de los operadores principales, los ha incluido en apartados distintos.

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

En consecuencia, la determinación de los operadores principales de cada sector se ha realizado definiendo, inicialmente, los grupos empresariales que ostentan la condición de operadores principales de cada sector, mediante la consideración de los datos globales de mercado correspondientes a las sociedades de tales grupos que desarrollan las diferentes actividades del sector correspondiente.

En cuanto al ámbito geográfico de los mercados de referencia, en el apartado a), correspondiente a la generación y suministro de energía eléctrica, se define el ámbito geográfico como el Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL).

En la Resolución aprobada por el Consejo de Administración de la CNE en su sesión del día 16 de febrero de 2006, relativa a la determinación de los operadores principales y dominantes en el ejercicio anterior, se recogía en este punto lo siguiente:

“En cuanto al ámbito geográfico de los mercados de referencia, si bien en el apartado a), correspondiente a la generación y suministro de energía eléctrica, se define el ámbito geográfico como el Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL), no corresponde a juicio de esta Comisión tomar en consideración otros datos que los relativos al territorio español, mientras tal mercado no funcione de manera efectiva, a cuyo efecto, y sin perjuicio de que el momento de entrada en vigor del Convenio sea anterior, (el artículo 21 del mismo, firmado en Santiago de Compostela el 1 de octubre de 2004, señala que el mismo “entrará en vigor en la fecha de recepción de la última notificación en la que se comuniquen que se han cumplido los requisitos de derecho interno de ambas partes necesario al efecto), la consideración de dicho mercado a efectos de operadores principales y dominantes habría de realizarse una vez funcione efectivamente el OMIP, cuya fecha prevista es el mes de julio del presente año, de acuerdo con las conclusiones de la XXI Cumbre Luso Española celebrada en Evora los días 18 y 19 de noviembre de 2005. Por ello, una vez entre efectivamente en funcionamiento el mercado ibérico de electricidad esta Comisión procederá a actualizar la relación de operadores principales en el sector eléctrico”.

El Mercado de Derivados del MIBEL ha arrancado el pasado día 3 de julio, habiéndose implantado las sesiones de subasta con participación de los distribuidores, de acuerdo con la Portaria n.º 643/2006, de 26 de junio y con la Orden ITC/2129/2006, de 30 de junio, anteriormente citada.

Aunque no puede señalarse que el mercado ibérico esté operando en su totalidad, el hecho de que ya esté funcionando el polo portugués, Operador del Mercado Ibérico Polo Portugués (OMIP) junto con la Sociedade de Compensação de Mercados de Energia (OMIClear) en cuanto sociedades rectoras del mercado a plazo, unido a que OMEL ya está funcionando como operador español gestionando el mercado diario e intradiario en el que han venido y siguen participando agentes portugueses, supone la necesidad de

considerar la existencia de un mercado ibérico a los efectos de la elaboración de las relaciones de operadores principales y dominantes, tomando para ello datos referidos tanto a Portugal como a España. Así lo entiende igualmente UNION FENOSA en sus alegaciones en trámite de audiencia, si bien añade que a su juicio es necesario aplicar la norma a todos los agentes participantes en el MIBEL; españoles y portugueses.

En este punto IBERDROLA se manifiesta de manera contraria, señalando, en el trámite de audiencia, que no existe un mercado ibérico de la energía y por tanto que el mismo no puede tomarse en consideración como mercado geográfico relevante para la determinación del poder de mercado de los operadores eléctricos, o que en todo caso el MIBEL sólo puede utilizarse para el cálculo de las cuotas de operadores españoles, pero sin que a su juicio pueda incluirse a un operador portugués en la relación en cuanto supondría aplicar la ley extraterritorialmente a una empresa de nacionalidad extranjera, infringiendo de esta manera la libre circulación de capitales de manera contraria al Tratado CE.

Esta Comisión entiende tal como se ha motivado ya arriba, que el mercado geográfico relevante que ha de tomarse en consideración es el mercado ibérico.

En todo caso, se ha de señalar que, al menos para este ejercicio y con los datos de que se dispone por esta CNE, la consideración del mercado ibérico en lugar del mercado nacional como mercado relevante geográfico, no tiene como consecuencia, desde la perspectiva puramente de cálculo, una modificación de la composición de los operadores principales pues éstos son ambos casos (mercado nacional o ibérico) los mismos. Además, en ambos casos el operador principal con el número de ranking 5 es el mismo.

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

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

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

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

Este criterio se justifica igualmente en la propia configuración de los sectores energéticos, caracterizados por el desarrollo en su seno de actividades diferenciadas a través de sociedades diferentes debido en algunos casos a la exigencia de separación jurídica, por lo que, aunque se considere globalmente la importancia de los grupos de sociedades que tienen la condición de

operadores principales, no puede ignorarse la existencia de sociedades filiales de las matrices de aquellos grupos que ostentan una posición preeminente en el desarrollo de algunas o varias actividades específicas.

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

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

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

En virtud de lo expuesto, se hace necesario diferenciar, dentro de los grupos de sociedades que por su cuota de grupo se encuentren entre los cinco primeros del sector y por tal motivo tengan la condición de principales, aquellas sociedades filiales integrantes de dichos grupos que deberían tener igualmente dicha condición de principal (a efectos de las participaciones accionariales directas sobre las mismas), frente a las de menor entidad que no deban considerarse como tales.

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

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

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

En relación con este epígrafe, se ha de señalar que ENDESA manifiesta en su escrito de alegaciones remitido en el trámite de audiencia, reiterando sus alegaciones en escritos anteriores de fecha 13 y 20 de marzo de 2007, la necesidad de considerar de forma conjunta los datos correspondientes a todas las sociedades del Grupo ENEL-Viesgo que operan en España, aunque las mismas no tengan una matriz de nacionalidad española, con base en una interpretación literal e igualmente finalista del artículo 34 RDL 6/2000, así como en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad consagrado en el artículo 12 del Tratado de la Comunidad Europea.

Pero a juicio de esta CNE, el concepto de operador principal sólo puede atribuirse a grupos de sociedades o sociedades individuales que se encuentren en España, o en todo caso, que se encuentren en el territorio del Mercado Ibérico, con arreglo al mercado relevante geográfico ibérico, con las limitaciones en este último caso en cuanto a los efectos que dicha consideración pudieran en su caso tener.

Pero no cabe atribuir la condición de operador principal a un grupo de sociedades radicado por ejemplo en Italia, pues como sociedad italiana no puede estar afectada, en tanto sujeto pasivo, a las limitaciones accionariales (ejercicio de derechos de voto) y de designación de consejeros que contempla la norma española, pues una norma española no puede imponer limitaciones sobre el capital social o los consejeros de una sociedad radicada en Italia. Distinto es que una persona jurídica de nacionalidad extranjera pueda estar sujeta, en cuanto actúe en España como sujeto activo, a las reglas derivadas del precepto (art. 34 RDL 6/2000), en la medida que participe en más de un operador principal o pretenda designar consejeros en ambos.

Lo que aquí se plantea no es tanto que se trate o no de un grupo de sociedades extranjeras, sino que no hay una sociedad matriz en España que aglutine el poder económico de todas las sociedades, y tal consideración es independiente de que se trate de sociedades españolas o extranjeras.

El tratamiento otorgado en la presente Resolución y en Resoluciones previas de la CNE en esta materia a VIESGO no representa, en contra de lo alegado por ENDESA, una violación del principio de discriminación por razón de la nacionalidad, consagrada en el artículo 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea por cuanto que la razón de dispensar dicho tratamiento no se encuentra en el criterio de nacionalidad sino en la configuración societaria de ENEL en España.

El diferente tratamiento no representa además en este caso discriminación alguna dado que se justifica en la diversidad de situación, es decir, no habría en este caso infracción del principio de igualdad por cuanto se aplica una solución desigual a una situación distinta, todo ello en concordancia con reiterada jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal sobre el tema.

No rebate esta Comisión la eventual consideración de ENEL-VIESGO como un grupo de sociedades desde un punto de vista material, atendiendo a la existencia de una unidad de intereses de las sociedades existentes en España, y al hecho de pertenecer a la misma sociedad matriz en Italia, que les permitiría

actuar con arreglo a una estrategia conjunta como una unidad económica unitaria, pero esta consideración no resuelve los escollos derivados de la aplicación concreta del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, tal y como ya se reflejó en la Resolución de 4 de noviembre de 2004, en los siguientes términos:

“Pero como ya se ha indicado, en la actual estructura organizativa de VIESGO no existe una cabecera de grupo tenedora de las acciones de las filiales que operan en territorio nacional, por lo que la inclusión de VIESGO como operador principal exigiría previamente realizar una ficción de la existencia de una unidad equivalente al concepto de grupo, aglutinador de todas sus actividades eléctricas.

Sin embargo, el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 despliega su eficacia sobre participaciones accionariales que se detentan en el capital social de concretas personas jurídicas, y en este caso, en ausencia de una sociedad matriz que integre todas las actividades, son las respectivas sociedades filiales en España de los subgrupos radicados en Italia las que representan su poder económico. Las referidas sociedades no disponen, individualmente consideradas, de entidad económica suficiente para ser calificadas de manera autónoma como operadores principales, pues sus respectivas cifras de negocios son inferiores en todo caso a la que tiene REE aun después de los ajustes en su cifra de negocios antes señalados. En caso de que hubiera existido una sociedad matriz en España integradora de todas las diferentes filiales de VIESGO, la aplicación del artículo 34 habría afectado solamente a dicha matriz y no a ninguna de sus sociedades filiales, pues la citada matriz ocuparía el quinto lugar en la relación.

En definitiva, carece de sentido establecer como operador principal a una ficción de un “grupo de sociedades” sobre el que

no pueden tomarse participaciones que otorguen el control del grupo”.

En consecuencia, aun considerando la existencia de un grupo de sociedades, ello no habría de resolver los obstáculos de orden fáctico y jurídico a la aplicación de las concretas limitaciones previstas en el precepto a las sociedades de ENEL en España, pues la existencia de un “grupo sin matriz” obligaría a determinar qué participaciones accionariales ostendadas directamente sobre las sociedades filiales reales de dicho grupo podrían quedar afectadas por el precepto.

Ello es así debido a que, con carácter general, la estimación como operador principal de un grupo de sociedades comporta, a priori, solamente que la sociedad matriz de tal grupo adquiere tal carácter, pero no significa que todas las sociedades integrantes de tal grupo también la tengan. De lo contrario, si la condición de operador principal del grupo se transmitiera de manera automática a todas las sociedades del grupo, podría darse el caso de un grupo de sociedades de cuota de grupo elevada pero integrado a su vez por multitud de sociedades pequeñas, no teniendo sentido en tal caso que todas esas pequeñas sociedades se vieran afectadas por las limitaciones que a la libertad de empresa comporta la aplicación del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, pues los riesgos para el mantenimiento de la competencia efectiva que las limitaciones del precepto pretende evitar no se darían en tales casos.

Por último, procede en este apartado igualmente rebatir las consideraciones realizadas por ENDESA en el curso del procedimiento, respecto a la necesidad de proceder a la suma de las cifras de negocio correspondientes a los mercados de generación y suministro, y no considerar solamente, en relación con cada empresa o grupo empresarial, la mayor de ambas. Como se señala más abajo, el parámetro empleado no es el de cifras de negocio sino el de unidades físicas, de acuerdo con las razones que se recogen en el epígrafe V de la presente Resolución. Pero a los efectos del presente apartado, se ha de señalar, por lo que al cálculo de las cuotas de los grupos de sociedades se refiere, que no resulta procedente, a juicio de esta CNE, sumar los datos de

unidades físicas de generación y suministro, pues ello conduciría a una duplicidad que ha de evitarse, sino que lo procedente es considerar las de mayor magnitud de ambas.

IV. SOBRE EL CONCEPTO DE OPERADORES DOMINANTES

El artículo decimonoveno del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, incorpora una nueva figura, el operador dominante, mediante la introducción de una nueva Disposición Adicional tercera al Real Decreto-Ley 6/2000, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Tendrán 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:

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

La Comisión Nacional de Energía hará público por medios telemáticos el listado de operadores dominantes a los que se refiere la presente disposición.”

Las consecuencias derivadas de la determinación del operador dominante se recogen en los siguientes preceptos:

- El artículo vigésimo primero. seis del Real Decreto-Ley 5/2005 modifica los párrafos segundo y tercero de la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 54/1997, relativos a la emisión primaria de energía, de manera que la

obligación de emisión afecta ahora sólo a los operadores dominantes, y no a los principales como recogía antes la norma. Establece la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 54/1997:

“El Gobierno podrá establecer por vía reglamentaria mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo de energía eléctrica. Dichos mecanismos tomarán la forma de una emisión primaria de cierta cantidad de energía eléctrica, equivalente a una potencia constante durante un plazo de tiempo no superior a un año natural.

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

La potencia afectada en cada emisión no podrá ser superior, para cada operador dominante, al 20 por ciento de la potencia eléctrica instalada de la que sea directa o indirectamente titular. La capacidad de producción que podrá ser adquirida individualmente en cada emisión por cada participante quedará limitada a un máximo del 10 por ciento de la potencia total emitida.

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

El artículo vigésimo segundo del Real Decreto-Ley 5/2005, sobre “Creación del Mercado Ibérico de la Electricidad”, modifica los apartados 2, 3 y 6 del artículo 13 de la Ley 54/1997 y añade un apartado 7, relativo a los operadores dominantes, por el que *“no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las adquisiciones de energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad o en terceros países no podrán ser realizadas por los operadores que tengan la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico.”*

En materia de representación de instalaciones de régimen especial, el artículo 28 del Real Decreto 436/2004 establece en su apartado 4 que *“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 %. 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”*.

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 aquellos grupos cuya cuota de mercado supere el 10 por ciento del total de dicha actividad.

En cuanto al ámbito geográfico de los mercados de referencia, caben las mismas consideraciones recogidas en materia de operadores principales, por lo que el mercado considerado para todos los sectores energéticos salvo el sector eléctrico es el mercado nacional, y específicamente para el eléctrico se considera el Mercado Ibérico de Electricidad.

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

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

En el ejercicio de las funciones atribuidas por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, para la determinación de los operadores principales, la Comisión Nacional de Energía ha venido empleando la cifra de negocios para la determinación de la cuota de mercado en los sectores de electricidad e hidrocarburos gaseosos y las unidades vendidas para el sector de

hidrocarburos líquidos. La adopción de estos criterios se ha realizado atendiendo a las características específicas de cada sector, así como a la naturaleza, homogeneidad y precisión de las fuentes de información disponibles.

Ya en el pasado ejercicio la CNE modificó dicho criterio para los sectores de electricidad y gas natural, sustituyendo el empleo de unidades monetarias por el de unidades físicas, atendiendo a diversas consideraciones que justifican dicha elección, tales como su mejor adecuación para los cálculos necesarios para la determinación de la nueva figura de los operadores dominantes, la obtención de una mayor homogeneidad en su utilización en todos los sectores energéticos y, por último, su empleo igualmente como criterio junto a otros en el cálculo de las cuotas de mercado por las autoridades de competencia.

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

En relación con este epígrafe, cabe señalar que ENDESA realiza alegaciones en trámite de audiencia así como en escritos remitidos durante la instrucción del procedimiento (de fechas de 13 y 20 de marzo de 2007), manifestando que *“la utilización del criterio de unidades físicas para la determinación de la cuota de mercado en el sector de la electricidad no se ajusta a Derecho, pues la motivación del empleo inopinado e imprevisible de este criterio (frente al de la cifra de negocios contenido en las anteriores Resoluciones de los años 2001, 2002, 2003 y 2004) es claramente insuficiente e inadecuada”*, considerando que el parámetro a utilizar para medir la cuota de mercado en el sector de la electricidad debe ser la cifra de negocios, ya que es precisamente el empleado por las autoridades de defensa de la competencia (en particular por la Comisión Europea), así como por la CMT, y es al que conduce una interpretación teleológica del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000.

Endesa señala que *“no sólo es imprescindible que la CNE calcule las cuotas de mercado de cada operador en el sector eléctrico mediante la aplicación del*

criterio de la cifra de negocios, sino que, adicionalmente, tal cálculo se ha de realizar mediante la suma de las cifras de negocios correspondientes, para cada empresa o grupo empresarial, a los mercados de generación y de suministro de energía eléctrica ... y ello atendiendo a las cifras de negocios correspondientes a las últimas cuentas auditadas y aprobadas por la Junta General, que son las del ejercicio 2005". Señala igualmente ENDESA que "la consideración del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL) como el ámbito geográfico relevante a efectos del establecimiento por la CNE de las nuevas relaciones de operadores principales y dominantes, justifica que la utilización por la Resolución de 16 de febrero de 2006 del criterio de unidades físicas para medir la cuota de mercado en el sector de la electricidad no vincule a esa Comisión, y, sobre todo, ratifica que deba emplearse la cifra de negocios como parámetro para calcular dicha cuota de mercado". Señala ENDESA que la coconsideración del MIBEL como ámbito geográfico relevante exige que esa CNE adopte el criterio de unidades monetarias, pues ese mercado aún a elementos heterogéneos, y que a su juicio, "las autoridades de competencia han optado inequívocamente por el criterio de unidades monetarias frente al criterio de unidades físicas respecto del cálculo de cuotas de mercado, ya que aquel refleja una realidad más completa, puesto que se obtiene a partir de las unidades físicas multiplicadas por el precio, factor relevante en el análisis de la dinámica competitiva".

Previamente ya se ha señalado que las razones que motivan la utilización, ya desde el ejercicio pasado, del criterio de unidades físicas son su mejor adecuación para los cálculos necesarios para la determinación de la nueva figura de los operadores dominantes, la obtención de una mayor homogeneidad en su utilización en todos los sectores energéticos y, por último, su empleo igualmente como criterio junto a otros en el cálculo de las cuotas de mercado por las autoridades de competencia.

En sentido parecido se manifiesta ENEL en el trámite de audiencia, señalando que el criterio adecuado es el de unidades de energía, atendiendo a las siguientes razones: el criterio de facturación corresponde a un periodo de normativa con mayor atención a actividades reguladas, ya superada; la actual

normativa en materia de cuotas de los operadores principales relativa a actividades eléctricas diferentes, lleva aparejada la determinación de sus cuotas de mercado en términos de unidades físicas; el criterio de unidades de energía es común en los expedientes de concentraciones y otros análisis sobre estructura y cuotas del mercado eléctrico; el criterio de cuotas de mercado según facturación corresponde a otros mercados, con falta de homogeneidad del producto que obliga a acudir a la facturación para expresar el mercado en términos comparables; el criterio de unidades de energía es común en los estudios de mercado eléctrico que realiza la Unión Europea, y en los estudios académicos del mercado eléctrico; el criterio de facturación no refleja correctamente la posición de mercado de los operadores eléctricos, sino que produce distorsiones; las autoridades responsables del MIBEL han confirmado expresamente que las cuotas de mercado se miden en términos de energía.

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

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

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

HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO manifiesta en el trámite de audiencia que sin perjuicio de emplear los datos de 2005, sería deseable que se

considere la evolución que resulta del análisis de los datos del 2006, de lo que se desprende que HIDROCANTABRICO/NATURGAS ha de incluirse en la relación de operadores principales del sector de gas natural, o alternativamente, de no acogerse esa petición, que el próximo trimestre se modifique, en dicho sentido, la lista que se recoge en la presente Resolución.

A juicio de esta Comisión, no corresponde considerar dicha evolución sólo para una sociedad, sino que ha de hacerse respecto de todas las sociedades y operadores de los diferentes sectores energéticos, lo que procederá ya sea en el momento de elaborarse la siguiente relación de operadores principales y dominantes o en el momento de proceder a su actualización en cualquier otro momento anterior por las circunstancias que se consideren oportunas.

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

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

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

	OPERADOR PRINCIPAL
1	GRUPO ENDESA
1	ENDESA, S.A.
1	ENDESA RED, S.A.
1	ENDESA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.L.
1	ENDESA GENERACIÓN, S.A.U.
1	ENDESA ENERGIA, S.A.U.
2	GRUPO IBERDROLA
2	IBERDROLA, S.A.
2	IBERDROLA DISTRIBUCION ELECTRICA, S.A.U.
2	IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.
3	GRUPO EDP / HIDROCANTABRICO
3	ENERGIAS DE PORTUGAL, S.A.
3	EDP - GESTÃO DA PRODUÇÃO DE ENERGIA, S.A.
3	EDP DISTRIBUIÇÃO, S.A.
3	HIDROELECTRICA DEL CANTABRICO, S.A.
4	GRUPO UNION FENOSA
4	UNION FENOSA, S.A.
4	UNION FENOSA DISTRIBUCION, S .A.
4	UNION FENOSA COMERCIAL, S.L
4	UNION FENOSA GENERACIÓN, S.A.
5	GRUPO REPSOL YPF/GAS NATURAL
5	GAS NATURAL SDG, S.A. (*)

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

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

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

	OPERADOR PRINCIPAL
1	GRUPO REPSOL YPF-GAS NATURAL
1	GAS NATURAL SDG, S.A. (*)
1	GAS NATURAL DISTRIBUCION SDG, S.A.
1	GAS NATURAL COMERCIALIZADORA, S.A.
2	GRUPO IBERDROLA
2	IBERDROLA, S.A.
3	GRUPO UNION FENOSA, S.A.
3	UNION FENOSA, S.A.
3	UNION FENOSA GAS, S.A.
3	UNION FENOSA GAS COMERCIALIZADORA, S.A.
4	GRUPO ENDESA
4	ENDESA, S.A.
5	GRUPO BP
5	BP ESPAÑA, S.A.U.
5	BP GAS ESPAÑA, S.A.U.

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

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

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

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

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

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

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

VII. SOBRE LAS RELACIONES DE OPERADORES DOMINANTES

Atendiendo a los criterios explicados anteriormente, las relaciones de operadores dominantes en los sectores energéticos son las siguientes:

VII.1. Relación de operadores dominantes en el sector eléctrico

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

OPERADORES DOMINANTES		
ACTIVIDAD TOTAL	ACTIVIDAD DE GENERACIÓN DE ELECTRICIDAD	ACTIVIDAD DE SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD
GRUPO ENDESA	GRUPO ENDESA	GRUPO ENDESA
GRUPO IBERDROLA	GRUPO IBERDROLA	GRUPO IBERDROLA
GRUPO EDP/HIDROCANTABRICO	GRUPO EDP/HIDROCANTABRICO	GRUPO EDP/HIDROCANTABRICO
GRUPO UNION FENOSA		GRUPO UNION FENOSA

VII.2. Relación de operadores dominantes en el sector de gas natural

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

OPERADOR DOMINANTE
GRUPO REPSOL-YPF/GAS NATURAL
GRUPO IBERDROLA

VII.3. Relación de operadores dominantes en el sector de carburantes

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

OPERADOR DOMINANTE
GRUPO REPSOL-YPF
GRUPO CEPSA
GRUPO BP ESPAÑA

VII.4. Relación de operadores dominantes en el sector de gases licuados del petróleo

La relación de operadores dominantes en el sector de gases licuados del petróleo es la siguiente:

OPERADOR DOMINANTE
GRUPO REPSOL-YPF
GRUPO CEPSA

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

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

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

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

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

Por último, en materia de operadores dominantes habrá de estarse a las consecuencias concretas que se deriven de las normas correspondientes en las que se recogen las obligaciones derivadas de dicha condición, tales como la Disposición Adicional decimosexta de la Ley 54/1997 en materia de emisión de energía primaria, si bien no se deriva de momento ninguna obligación en cuanto la norma legal no ha sido objeto de desarrollo reglamentario. Por otro lado, el apartado 7 del artículo 13 de la Ley 54/1997 en materia de intercambios internacionales de electricidad, señala que *“no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las adquisiciones de energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad o en terceros países no podrán ser realizadas por los operadores que tengan la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico.”* Por último, la condición de operador dominante tiene igualmente consecuencias en materia de representación de instalaciones de régimen especial, según se recoge en la nueva redacción introducida a través del Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico, del apartado 4 del artículo 28 del Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo.

Vistos los preceptos legales y reglamentarios citados, el Consejo de Administración de la Comisión Nacional de la Energía en su sesión celebrada el día 25 de abril de 2007:

ACUERDA

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

Segundo.- Establecer y hacer públicas las relaciones de operadores dominantes en los mercados energéticos de electricidad, carburantes, gas natural y gases licuados del petróleo que se recogen en el apartado VII de la presente Resolución, todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional tercera del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio.

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