

Explicación de abstención que hace el Consejero D. José Sierra López, en relación con la Resolución de la CNE, de 8 de noviembre de 2005, sobre la solicitud de autorización de Gas Natural SDG, S.A. de fecha 11 de octubre de 2005 de segregación en filiales y aportación de las ramas de actividad de transporte secundario y distribución y la solicitud de Gas Natural SDG, S.A. de 7 de septiembre de 2005 de toma de participación en el capital social que resulte de la liquidación de la OPA presentada ante la CNMV

En el breve plazo disponible, por imperativo legal, se describen sucintamente a continuación las funciones que deben cumplir las actividades reguladas en el modelo energético actual, su íntima relación con los criterios y condiciones que inspiran la defensa de la competencia, la inconsistencia e ineficacia de tomar una decisión temprana sobre la base de la función 14, sin conocer las condiciones impuestas por las autoridades de competencia españolas o, en su caso, europeas, y, en consecuencia, la elección que ha hecho este Consejero de abstenerse hasta disponer de una visión más global y próxima a la realidad final de la operación objeto de examen.

1 SOBRE LAS ACTIVIDADES REGULADAS

Las actividades reguladas de transporte, de distribución, regasificación y almacenamiento deben contribuir, en su ámbito, al cumplimiento de las obligaciones de interés general, o universal, consistentes en el suministro al consumidor en condiciones de continuidad en cantidad y calidad, al mínimo coste.

Entiendo que cualquier perturbación que pueda afectar al cumplimiento de este objetivo representa un riesgo o efecto negativo para las actividades reguladas. En particular, y entre otras, las actividades reguladas se pueden ver afectadas por las siguientes causas:

- Porque no se hagan las inversiones adecuadas en el momento oportuno.
- Porque la expansión física de las redes no obedezca a criterios de interés general sino a otros de carácter estratégico y/o económico que privilegien unas zonas respecto a otras.

- Porque, fruto de la opacidad, los peajes no reflejen los costes reales o, faltos de referencia y contraste, éstos no sean los más eficientes.
- Porque haya movimientos inadecuados de fondos de las actividades reguladas a las liberalizadas.
- Porque la gestión de las actividades reguladas no garantice la igualdad de trato en el acceso de terceros a las redes, dificultando la competencia en detrimento del consumidor.
- Porque, como en el caso que nos ocupa, la superposición de redes de gas y electricidad (Noveno 1.4.4. del informe) pueda dar lugar a potenciales riesgos adicionales:
 - Incentivo a realizar arbitraje entre redes, primando el gas o la electricidad, o entre actividades reguladas y liberalizadas, en función de sus intereses económicos.
 - Menor transparencia sobre los costes efectivamente incurridos y consecuente dificultad para el regulador de conocer los costes reales.
 - Diferentes esquemas retributivos de gas y de electricidad.
 - Desarrollo no homogéneo de las redes de distribución de gas.

Pues bien, hoy en día, uno de los mayores problemas para que las actividades reguladas cumplan las funciones de servicio y neutralidad que tienen atribuidas es precisamente el conflicto de intereses que se puede producir con las actividades liberalizadas. Y este conflicto es tanto más importante, potencialmente, cuanto más dominante es la posición de una empresa y cuanto mayor es la integración vertical.

Corresponde a las autoridades de competencia, con la colaboración de las energéticas, poner los remedios adecuados y éstos necesariamente afectan, en muchas ocasiones, a las actividades reguladas; éstas no se pueden abstraer, por consiguiente, de los problemas de competencia y no dependen en exclusiva de los reguladores energéticos. Por otra parte, las condiciones de acceso de terceros a las redes y de separación de actividades establecidas por las leyes no son más que condiciones estructurales, ex ante, de defensa de la competencia.

2 SOBRE LAS FUNCIONES DECIMOCUARTA Y DECIMOQUINTA

La realidad legal española no coincide particularmente en el caso de una OPA, con lo que acabo de exponer de relación íntima entre actividades reguladas y defensa de la competencia.

Dentro de las funciones de la CNE recogidas en la Disposición Adicional Undécima. Tercero. Uno, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la función Decimocuarta establece: “Autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil. Sólo podrán denegarse las autorizaciones como consecuencia de la existencia de riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas en esta Ley, pudiendo por estas razones dictarse autorizaciones que expresen condiciones en las cuales puedan realizarse las mencionadas operaciones”.

La función Decimoquinta reza: “informar preceptivamente sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia”.

La separación entre ambas funciones parece razonable en atención a las competencias de la CNE: ejecutiva en su ámbito sectorial y consultiva en el más general de la competencia. Pero ello no quiere decir que tengan que ser independientes, sino que, en opinión de este Consejero, por todo lo expuesto, tratándose de un expediente de concentración, primero deberían efectuarse los análisis desde el punto de vista de la competencia y solamente después de ellos, dado el impacto que las condiciones de competencia pueden tener en las actividades reguladas, debería ejercerse el pronunciamiento de la CNE de conformidad con la función Decimocuarta.

Ello es posible en la práctica cuando se trata de una operación voluntaria entre las partes; así fue el caso de la proyectada fusión entre Endesa e Iberdrola, en la que la función Decimocuarta ni llegó a finalizarse, dado el desistimiento de las partes ante las condiciones impuestas a la operación de concentración. El problema proviene de que la función Decimocuarta se insta a petición de la parte interesada y tiene un plazo tasado –insuficiente, por otra parte–, mientras que la función Decimoquinta se solicita por el Gobierno, tras el informe del Servicio de Defensa de la Competencia.

En el caso de una OPA, como la que nos ocupa, la parte adquiriente necesita disponer de todas las autorizaciones preceptivas y ello lleva a la inmediata solicitud de autorización de acuerdo con la función Decimocuarta y al cumplimiento por la CNE del plazo preestablecido, independientemente de los análisis de competencia a efectuar por el Servicio de Defensa de la Competencia, el Tribunal y la propia CNE.

3 SOBRE EL CASO DE REFERENCIA

Además de involucrar a los dos operadores más importantes de los sectores de gas natural y de electricidad, el caso que nos ocupa presenta dos peculiaridades: se trataría de una integración vertical entre dos sectores, que además son sustitutivos en algún segmento. Asimismo, daría lugar, directa e indirectamente, a que las redes de distribución de gas y electricidad pertenecieran a los mismos grupos en gran parte del territorio nacional.

Esta superposición o confluencia de redes, compatible con la legalidad vigente, – aunque no fue diseñada con este fin– supone, de facto, un cambio del modelo de distribución que puede presentar alguna sinergia pero que debe merecer un análisis riguroso, desde la perspectiva regulatoria sectorial, independientemente del que efectúen las autoridades de competencia.

No me parece oportuno en este momento, estando en preparación en la CNE el informe preceptivo de la función Decimoquinta, de la que me ha correspondido ser ponente, hacer una valoración desde el punto de vista de la competencia. Solamente quisiera destacar, en apoyo de la argumentación anterior, que dado el tratamiento

que otras integraciones verticales entre gas y electricidad han merecido de las autoridades de competencia, europeas en el caso de Portugal (ENI-EdP-GdP), y alemanas en el de EON-Ruhrgas, cabe dentro de lo posible que en este caso se impongan modificaciones notables, que afecten también a las actividades reguladas.

A mayor abundamiento, hay que tener presente que la función Decimocuarta se refiere literalmente a "... actividades reguladas en esta Ley..." y el Real Decreto 1339/1999 que aprueba el Reglamento de la CNE, en su artículo 18 a "... actividades reguladas en las mencionadas leyes". Es decir, es discutible que se esté haciendo alusión únicamente a las actividades reguladas en el sentido del Artículo 60.1 de la Ley de Hidrocarburos.

Esta ha sido la interpretación tradicional, pero cabe la duda de que el espíritu del legislador estuviera contemplando a todas las actividades consideradas en las leyes de los sectores eléctrico y de hidrocarburos, lo que reforzaría el criterio aquí mantenido de que la función decimocuarta debe ejercerse desde la perspectiva de una visión global y omnicomprendensiva de los sectores, tras conocerse las condiciones de concentración.

4 EL SENTIDO DE MI ABSTENCIÓN

Comparto en gran parte el informe de la CNE que acompaña al Acuerdo, en su análisis y valoración técnica, aunque no sus consideraciones finales, en las que se basa el, en mi opinión, insuficiente condicionado. Estimo que se deberían haber avanzado algunas condiciones de mayor eficacia, como las que sugerí, entre otras, de que ni el grupo Gas Natural, ni ningún otro que se viera afectado por los activos enajenados, pudiera ser distribuidor dual, de electricidad y gas natural, único en una zona geográfica, de manera que otro u otros distribuidores representativos de referencia pudieran coexistir en ellas, ajustando el plan de desinversiones a ese fin. En este contexto, si hay que interpretar que solamente se pueden poner condiciones irrelevantes, se estaría vaciando de contenido la letra de la función Decimocuarta y dando lugar a decisiones que, por ser irremediables, serían en la mayor parte de los casos negativas, también contra el espíritu de aquélla.

Por todo ello, porque hago mías muchas de las preocupaciones expresadas en casos anteriores así como en algunos escritos presentados y votos particulares, mi voto no hubiera podido ser positivo, si se tratara de la autorización final. Por ello, en espera de nuevos planteamientos, me abstengo, gracias a la condición Décima de la Resolución de referencia: “La CNE, a la vista de los cambios producidos en la OPA, en su caso, y del análisis de la operación realizado por las autoridades de la competencia, estimará si es necesario una nueva consideración de la misma, dentro de lo previsto en la Disposición Adicional Undécima. Tercero. Uno, función decimocuarta de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos”, cuya inclusión ha posibilitado el sentido de mi decisión. Sólo cuando esta nueva consideración tenga lugar, entonces, con suficiente conocimiento de causa, podré votar positiva o negativamente.

El Consejero
José Sierra López