

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

1840

ORDEN EHA/193/2006, de 3 de febrero, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de condiciones la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de Endesa, S. A. por parte de Gas Natural SDG, S. A.

En cumplimiento del artículo 17 del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, en lo referente al control de las concentraciones económicas, se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 3 de febrero de 2006, por el que, conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se decide subordinar a la observancia de condiciones la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de Endesa, S.A. por parte de Gas Natural SDG, S.A., que a continuación se relaciona:

«Vista la notificación realizada al Servicio de Defensa de la Competencia por Gas Natural SDG, S.A. conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 15 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, relativa a la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de Endesa, S.A. por parte de Gas Natural SDG, S.A. mediante una oferta pública de adquisición por la totalidad de su capital social, notificación que dio lugar al expediente N-05082 del Servicio.

Resultando que por el Servicio de Defensa de la Competencia se procedió al estudio del mencionado expediente, elevando propuesta acompañada de informe al Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda quien, según lo dispuesto en el artículo 15 bis de la mencionada Ley 16/1989, resolvió remitir el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Resultando que la Comisión Nacional de la Energía ha emitido informe en el que, teniendo en cuenta los efectos horizontales, verticales y de conglomerado de la operación en los diferentes mercados, recomienda al Gobierno la autorización de la operación sujeta a diversas condiciones, esencialmente estructurales, para compensar todos los efectos detectados.

Resultando que el Tribunal de Defensa de la Competencia, tras el estudio del mencionado expediente, ha emitido dictamen en el que considera que teniendo en cuenta los efectos sobre la competencia que podría causar la operación y tras valorar los posibles elementos compensatorios de las restricciones que se aprecian, resulta adecuado declarar improcedente la operación notificada.

Considerando que, según el artículo 17 de la Ley 16/1989, corresponde al Gobierno a propuesta del Ministro de Economía y Hacienda decidir sobre la procedencia de la operación de concentración económica de que se trate, pudiendo subordinar su aprobación a la observancia de condiciones.

Vista la normativa de aplicación.

El Consejo de Ministros, a propuesta del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda,

Acuerda: Conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 17 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, subordinar la aprobación de la operación de concentración económica consistente en la toma de control exclusivo de Endesa, S.A. por parte de Gas Natural SDG, S.A. al cumplimiento de las siguientes condiciones:

Primera.—Gas Natural liberará en el mercado una cantidad anual de Gas Natural igual a la importada en el mercado español por Endesa durante 2005.

Segunda.—Gas Natural liberará en el mercado el exceso anual del contrato Sagane I sobre la cantidad necesaria para garantizar el suministro a tarifa, con un máximo de 1 bcm., que se asignará en cantidades mensuales con un horizonte anual.

Tercera.—a) La asignación del gas correspondiente a las condiciones primera y segunda se realizará mediante subasta pública a la que podrá concurrir cualquier operador que acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en la condición decimosexta.

b) La liberación de gas correspondiente a las condiciones primera y segunda se realizará durante tres años a partir de 2007 inclusive. Las primeras subastas se realizarán antes del 31 de diciembre de 2006.

c) Los términos exactos del procedimiento de subasta serán fijados por la Comisión Nacional de Energía en el plazo de dos meses tras la adopción del presente Acuerdo de Consejo de Ministros. En todo caso, la subasta garantizará el acceso transparente y no discriminatorio de cualquier competidor presente o potencial en el mercado de comercialización de Gas Natural en España. Las condiciones de los contratos de suministro de gas correspondientes estarán en línea con las prácticas habituales del mercado español.

d) Como resultado de la subasta, Gas Natural suministrará al adjudicatario la cantidad de gas correspondiente en cualquiera de los puntos de entrada al sistema peninsular.

e) El precio mínimo de salida de las subastas estará determinado sobre la base del coste efectivo de aprovisionamiento de gas correspondiente. El precio percibido por Gas Natural como pago por el gas adquirido en virtud de la condición segunda durante los dos primeros años se corresponderá con el del contrato Sagane I. El exceso que resulte de la subasta sobre dicho precio será aplicado por Gas Natural a incrementar las inversiones previstas en la mejora de las infraestructuras de almacenamiento de gas y de las redes transporte y distribución de energía.

Cuarta.—Gas Natural procederá a la venta de las participaciones de Endesa, S.A. en las sociedades Saggas S.A. y Reganosa S.A.

Quinta.—Gas Natural venderá cualquier participación accionarial, directa o indirecta, en Enagas S.A. que exceda del 1% y no podrá tener ningún representante en el consejo de administración de dicha sociedad.

Sexta.—Gas Natural venderá centrales de generación de electricidad con una capacidad instalada en España peninsular equivalente a 4.300 MW de fuentes de generación retirables con un periodo útil de vida restante de al menos 10 años, que incluirán un mínimo de 400 MW tanto en Cataluña como en Andalucía.

En particular, deberá enajenar centrales de ciclo combinado o hidráulica modulable con una capacidad instalada equivalente a 1.200 MW.

Séptima.—Durante un plazo de dos años a partir de la ejecución de la operación de concentración, Gas Natural no podrá adquirir de terceros, directa ni indirectamente, ninguna central de generación de electricidad de ciclo combinado que esté en funcionamiento o en pruebas.

Octava.—Gas Natural otorgará un derecho de rescisión unilateral sin penalización a sus actuales clientes en el aprovisionamiento de Gas Natural para la generación mediante ciclo combinado.

Novena.—Gas Natural venderá el equivalente a su negocio de suministro minorista a precio libre (comercialización) de electricidad y al negocio de comercialización de gas de Endesa. A tal fin, segregará los correspondientes activos y contratos en, al menos, una sociedad que reúna los requisitos previstos en la condición decimosexta.

Décima.—Gas Natural venderá su participación accionarial, directa o indirecta, en cualquier competidor independiente en la comercialización de gas y electricidad. En concreto, deberá enajenar su participación en Naturgas Energía Grupo, S.A. (antigua Naturcorp Multiservicios, S.A.) y en Gas Natural de Álava, S.A.

Undécima.—Gas Natural venderá activos de distribución de Gas Natural que incorporen redes completas y contratos de suministro a tarifa con un mínimo de 1.500.000 puntos de suministro, dando lugar al menos a dos nuevos operadores con un mínimo de 250.000 puntos de suministro cada uno.

Duodécima.—En el plazo de seis meses a partir de la ejecución de la operación de concentración, Gas Natural cederá a una empresa o entidad independiente de cualquier actividad de suministro de energía la capacidad de formalizar los cambios de suministrador que tengan lugar por parte de aquellos clientes de electricidad y Gas Natural, tanto a tarifa como a mercado libre, cuyos puntos de suministro se encuentren en zonas donde la ejecución de la operación conduzca al solapamiento de redes de electricidad y Gas Natural bajo control de Gas Natural.

Para el cumplimiento de esta condición, será imprescindible poner a disposición de dicha empresa o entidad independiente encargada de gestionar los cambios de suministrador las bases de datos a que hacen referencia el artículo 43 del Real Decreto 1434/2005, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de Gas Natural y el artículo 7 del Real Decreto 1435/2005, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión.

Decimotercera.—Gas Natural deberá adecuar su estructura de forma que asegure la separación funcional entre los negocios regulados y no regulados. En particular, Gas Natural garantizará la separación funcional de los negocios de redes de distribución y de suministro minorista.

Decimocuarta.—A los efectos de las condiciones anteriores, se entenderá que Gas Natural está formado por Gas Natural SDG S.A. y las empresas controladas por ella.

Decimoquinta.—Los activos que se desinvierten en aplicación de las condiciones anteriores deberán enajenarse junto con los contratos, el personal y otros recursos materiales e inmateriales precisos para su ade-

cuado funcionamiento autónomo. En su caso, se incluirán los contratos de aprovisionamiento de gas correspondientes así como los contratos de suministro a precio libre o a tarifa con clientes.

En relación con las centrales de ciclo combinado a las que hace referencia la condición sexta, Gas Natural ofrecerá el suministro del gas necesario para su operación durante los dos años siguientes a la enajenación de las mismas en condiciones equivalentes a las existentes con anterioridad a la operación de concentración.

Decimosexta.—La enajenación de los activos por desinvertir en aplicación de las condiciones anteriores estará sujeta, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, a la autorización previa del Servicio de Defensa de la Competencia, que valorará la idoneidad del comprador propuesto por Gas Natural atendiendo al cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Ser un competidor existente o potencial, viable y sin vínculo alguno con Gas Natural.

b) Disponer de recursos financieros ajenos al vendedor, experiencia demostrada e incentivos para mantener y desarrollar la actividad cedida. En particular, el comprador deberá estar en condiciones de garantizar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa sectorial aplicable, de realizar la correspondiente actividad y asumir los planes estratégicos originales de las correspondientes redes.

c) No crear nuevos problemas de competencia ni ocasionar riesgos de que se retrase la aplicación del compromiso.

La presente condición se entiende sin perjuicio de las autorizaciones que puedan resultar preceptivas en aplicación de la normativa vigente y, en particular, de las que se deriven, en su caso, del control de concentraciones empresariales por parte de las autoridades de competencia correspondientes.

Decimoséptima.—La enajenación de los activos previstos en las condiciones anteriores se realizará de acuerdo con el calendario que se expone a continuación, cuyo cómputo se iniciará en el momento en que se ejecute la operación de concentración mediante la toma de control de Endesa:

a) Gas Natural dispondrá de un plazo confidencial para concluir con terceros operadores acuerdos de compraventa de dichos activos. Dicha compraventa podrá convenirse en las condiciones que libremente negocien las partes, siempre que ello no incluya el intercambio de activos en España.

b) Si Gas Natural no ha logrado cumplir la condición correspondiente al término del plazo fijado en el apartado anterior, otorgará un mandato a un tercero independiente para que proceda a la desinversión (fideicomisario de desinversión) con el fin de que se suscriban los correspondientes acuerdos de compraventa en un plazo máximo confidencial.

c) Por lo que se refiere a la venta de activos de generación eléctrica prevista en la condición sexta, Gas Natural enajenará centrales con una capacidad instalada equivalente a 2.800 MW, incluyendo las centrales en Cataluña y Andalucía, atendiendo al calendario previsto en los puntos a) y b) anteriores. Los activos equivalentes a los 1.500 MW adicionales deberán ser vendidos en un proceso similar y según los plazos dispuestos en los apartados a) y b) anteriores, cuyo cómputo se iniciará al término del plazo máximo previsto en los mismos.

Se entenderá que se ha cumplido la condición correspondiente cuando Gas Natural haya suscrito un contrato de compraventa únicamente sujeto a la condición suspensiva de la aprobación del comprador según lo previsto en la condición decimosexta, al examen jurídico y técnico detallado de los activos y, en su caso, a las autorizaciones que puedan ser preceptivas en aplicación de la normativa vigente.

En caso de que surja alguna circunstancia que retrase la efectiva ejecución de las desinversiones previstas en las condiciones anteriores, Gas Natural informará inmediatamente al Servicio de Defensa de la Competencia. A solicitud de Gas Natural y previo informe de la Comisión Nacional de Energía, el Consejo de Ministros podrá acordar, en atención a las circunstancias concurrentes, una ampliación de los plazos máximos para la desinversión establecidos en la presente condición.

En caso de que la compraventa propuesta esté sujeta a control de concentraciones y las autoridades de competencia correspondientes no la autoricen, el Servicio de Defensa de la Competencia podrá acordar, en atención a las circunstancias concurrentes, que los activos correspondientes sean vendidos por el fideicomisario de desinversión de acuerdo con lo previsto en el apartado b) de la presente condición.

Decimooctava.—Durante el periodo transitorio que media entre la adquisición por Gas Natural del control de Endesa y la efectiva enajenación de los activos prevista en las condiciones anteriores, Gas Natural se abstendrá de adoptar decisiones que puedan poner en riesgo la gestión autónoma y la garantía de mantenimiento de valor de los mismos. Igualmente, Gas Natural no tendrá acceso a la información sensible de los activos de Endesa que se incluyen en el paquete de desinversión.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de la presente condición, el Gobierno nombrará un gestor independiente de los activos por desinvertir, a propuesta de Gas Natural y previo informe de la Comisión Nacional de Energía. Dicho gestor será remunerado por Gas Natural, sin que la estructura de la correspondiente remuneración pueda poner en riesgo la independencia y eficacia del mismo en el cumplimiento de su trabajo.

Decimonovena.—En el plazo de un mes desde la fecha de este Acuerdo de Consejo de Ministros, Gas Natural SDG, S.A. deberá presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un plan confidencial detallado de actuaciones y plazos para la instrumentación de las condiciones en él contenidas. El Plan de Actuaciones recogerá una propuesta concreta de nombramiento y mandato al fideicomisario de desinversión previsto en el apartado b) de la condición decimoséptima así como el procedimiento para nombrar al gestor independiente de la condición decimooctava. En todo caso, se deberán establecer las adecuadas garantías en cuanto al acceso a la información comercial sensible de los activos por desinvertir que no estuviesen controlados por Gas Natural con anterioridad a la operación de concentración.

En el plazo máximo de un mes, dicho plan deberá ser aprobado, previo informe de la Comisión Nacional de Energía, por el Servicio de Defensa de la Competencia, que podrá introducir en él las modificaciones que considere oportunas para el adecuado cumplimiento de las condiciones del presente Acuerdo.

Gas Natural proporcionará al Servicio de Defensa de la Competencia, al gestor independiente y al fideicomisario de desinversión toda la información relevante para el adecuado ejercicio de sus funciones. En particular, en relación con el proceso de enajenación de activos, Gas Natural informará al Servicio de Defensa de la Competencia con periodicidad al menos mensual sobre los contactos y negociaciones con potenciales compradores de los activos por desinvertir y proporcionará un borrador del contrato de compraventa así como un informe sobre el potencial comprador en el que se recogerá toda la información relevante para determinar el cumplimiento de los requisitos recogidos en la condición decimosexta.

Vigésima.—En virtud del artículo 18.3 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se encomienda al Servicio de Defensa de la Competencia la vigilancia de la ejecución y el cumplimiento del presente Acuerdo de Consejo de Ministros, contando para ello con la cooperación de la Comisión Nacional de Energía. Asimismo, el Servicio podrá solicitar información o instar actuaciones del fideicomisario de desinversión previsto en la condición decimoséptima y del gestor independiente de los activos por desinvertir durante el periodo transitorio previsto en la condición decimooctava.

El presente Acuerdo se entiende sin perjuicio de las autorizaciones que resulten preceptivas en aplicación de la normativa vigente. Igualmente, se entiende sin perjuicio de lo dispuesto por la Comisión Nacional de Energía en su resolución de 8 de noviembre de 2005 dictada en aplicación de la función 14 de la Disposición Adicional XI, de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.

EXPOSICIÓN

I. Antecedentes

Con fecha 12 de septiembre de 2005 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia la notificación del proyecto de operación de concentración económica consistente en la adquisición del control de Endesa, S. A. por parte de Gas Natural SDG a través de una oferta pública de adquisición sobre el 100 % del capital social.

Formalizado el correspondiente expediente N-05082, el Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, a la vista del informe emitido por el Servicio de Defensa de la Competencia, resolvió, en ejercicio del artículo 15 bis de la Ley 16/1989, enviar el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia.

En las conclusiones del citado informe se señalaba que mediante la operación notificada se integraría el principal grupo gasista español, controlado conjuntamente por La Caixa y Repsol, con uno de los dos principales operadores eléctricos, dando lugar a un operador verticalmente integrado y con fuerte presencia en todos los mercados energéticos. Además, desaparecería un competidor presente en los respectivos mercados de gas y electricidad, con perspectivas de crecimiento en el futuro inmediato. En atención a los efectos horizontales, verticales y de conglomerado de la operación y teniendo en cuenta los compromisos presentados, se consideraba preciso realizar un análisis en profundidad para determinar el alcance de las amenazas para la competencia y, en su caso, la adecuación de los compromisos para descartar cualquier posible deterioro de la misma, por lo que se proponía el envío del asunto al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Con fecha 22 de diciembre tuvo entrada el informe preceptivo de la Comisión Nacional de Energía (CNE) sobre la presente operación de

concentración en aplicación de la función 15 de la Disposición Adicional 11 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. En dicho informe se analizan los efectos horizontales, verticales y de conglomerado de la operación en los diferentes mercados, recomendándose al Gobierno la autorización de la operación sujeta a diversas condiciones, esencialmente estructurales, para compensar todos los efectos detectados. Las condiciones propuestas cuentan con una detallada motivación y en varias de ellas se plantean diversas alternativas para resolver los problemas de competencia detectados.

Las principales conclusiones relativas a los efectos de la concentración que se recogen en dicho informe son las siguientes:

El grupo Gas Natural reforzaría su posición en el aprovisionamiento de gas a España, integrando en su cartera los contratos del grupo Endesa y la participación del 12 % en el proyecto del gasoducto de Medgaz. Además, desaparecería Endesa como competidor de Gas Natural.

En segundo lugar, la operación propuesta, sin desinversiones, implicaría un aumento de todos los indicadores de concentración en generación eléctrica, tanto generales como relativos a pivotalidad y a potencia retirable. Planteándose tres escenarios posibles de desinversión, la CNE concluye que la venta de activos a un agente distinto de Iberdrola permitiría mantener e incluso mejorar con respecto a la situación preexistente. La integración vertical podría resultar en un incremento de la asimetría de información, un cierre del mercado de aprovisionamiento y del mercado de generación, así como un incentivo de Gas Natural a aumentar los precios del gas y de la electricidad.

Finalmente, la operación supone la pérdida de un competidor importante en comercialización y el refuerzo de la posición de Gas Natural, en particular mediante la integración vertical y los efectos conglomerados derivados del solapamiento de las redes de distribución de gas y electricidad. Este solapamiento puede reforzar las barreras a la entrada y darle a la entidad resultante de la concentración una ventaja para la realización de ofertas conjuntas o duales a los clientes difícilmente replicable dada la escasa madurez de los mercados de comercialización libre, la incompleta separación de distribución y comercialización y la fidelidad de los consumidores, sobre todo domésticos.

Para compensar dichos efectos, la CNE propone la imposición de un conjunto de condiciones en todos los mercados potencialmente afectados de entre las que destacan las siguientes:

En el aprovisionamiento de Gas Natural, la realización de un programa de liberación de gas equivalente al exceso del contrato Sagane I una vez cubierto el suministro a tarifa. Además, se propone que Gas Natural ponga a disposición de comercializadoras independientes el gas equivalente a los contratos de aprovisionamiento de los que disponía Endesa.

En la generación de electricidad, la venta de centrales por un total de 4.300 MW (los aproximadamente 3.100 ofrecidos por Gas Natural más 1.200 MW adicionales), en capacidad instalada de tecnologías retirables en funcionamiento en la España continental. Las desinversiones podrían producirse en varias fases, de forma que se venda inmediatamente la capacidad instalada en funcionamiento que aporta Gas Natural (1.600 MW) y el resto en los tres años siguientes. Se indica expresamente que Iberdrola no podrá comprar estos activos y que el comprador deberá comprometerse a no proceder a la venta de los adquiridos durante cinco años. Se debería crear una sociedad encargada de la administración y supervisión de las centrales a desinvertir.

En la distribución y comercialización de gas y electricidad, se plantean dos alternativas: la alternativa A propone el mantenimiento de las actividades de distribución y comercialización en el mismo grupo pero sin posibilidad de comercializar temporalmente en las zonas en que tenga redes de distribución superpuestas, separación funcional y desinversión de activos de distribución de gas con al menos 1.500.000 puntos de suministro. La alternativa B plantea la enajenación de redes de distribución de forma que haya dos operadores independientes de distribución de gas y electricidad en las Comunidades Autónomas en que se produce solapamiento con la concentración, y que la cuota en distribución de Gas Natural y de electricidad de Gas Natural no sea superior al 60 % en cada zona.

Finalmente, el informe de la CNE señala que la operación de concentración plantea problemas regulatorios sobre los cuales esta institución elevará una propuesta al Gobierno.

Este informe fue aprobado por una mayoría de consejeros, habiendo presentado cuatro de ellos votos particulares contrarios a las conclusiones del mismo. En ellos se apoya el análisis de la operación aprobado por el Consejo pero se incide en determinados obstáculos a la competencia derivados de la misma y, en algunos casos, se proponen condiciones adicionales para su autorización así como reformas regulatorias.

Con fecha 5 de enero de 2006, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) conforme a lo establecido en los artículos 16 y 17 de la mencionada Ley 16/1989, remitió al Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y

Ministro de Economía y Hacienda dictamen acompañado de informe, en el que expone las siguientes conclusiones sustantivas:

“Primera.—La operación de concentración económica objeto del presente informe consiste en la adquisición por Gas Natural del control exclusivo sobre Endesa por medio de una Oferta Pública de Adquisición. Dichas empresas están activas, fundamentalmente, en muchos de los mercados energéticos en los sectores del gas y de la electricidad en España.

Segunda.—El Tribunal ha analizado la presencia de ambas empresas en esos mercados. Respecto del gas, los mercados afectados son el mercado de aprovisionamiento, de transporte, diferenciando las infraestructuras de importación; de distribución y de suministro a clientes finales (grandes consumidores, doméstico y pequeñas y medianas empresas y centrales de generación de ciclo combinado). En el sector eléctrico, los mercados de producto afectados son el mercado de generación, distinguiendo el mercado de solución de restricciones técnicas; de distribución y de suministro a grandes clientes (alta tensión) y a clientes domésticos y PYMES (baja tensión).

Tercera.—El mercado geográfico relevante en el aprovisionamiento de gas es de ámbito superior al nacional. Los mercados de transporte de gas, infraestructuras de importación de gas y generación eléctrica están restringidos al territorio peninsular español, mientras que los mercados de suministro de gas y de electricidad serían nacionales. En último lugar, la distribución de gas y electricidad y el mercado de solución de restricciones técnicas tendrían un ámbito regional o local. Al analizar la competencia en el mercado de aprovisionamiento y en los mercados de distribución se ha valorado, en algunos aspectos, la totalidad del territorio nacional.

Cuarta.—El estudio de los mercados ha puesto de manifiesto que los sectores analizados presentan estructuras poco competitivas, persistiendo importantes barreras de entrada. Como resultado, la operación de concentración afecta a mercados que presentan las siguientes debilidades desde el punto de vista de la competencia:

El mercado de aprovisionamiento de Gas Natural está configurado con un operador dominante, Gas Natural, con acceso casi exclusivo a gasoductos internacionales y participación en el consejo de administración de Enagas, lo que le permite participar en la toma de decisiones respecto a activos de transporte e importación, fundamentales para el acceso de sus competidores al mercado.

El mercado de generación eléctrica está altamente concentrado. Las empresas dominantes poseen un mix tecnológico equilibrado entre centrales de generación de base y centrales económicamente retirables, lo que junto a la existencia de demanda residual positiva, les otorga poder de mercado para fijar precios.

Ambos sectores están integrados verticalmente desde la generación o el aprovisionamiento, pasando por la distribución, hasta el suministro a clientes finales.

Existen problemas de información asimétrica. En primer lugar, Gas Natural, como aprovisionador de ciclos combinados competidores, conoce las pautas de consumo de las centrales a las que suministra y el coste marginal de las mismas, estando incentivado a elevar precios. En segundo lugar, los distribuidores disponen de información detallada sobre el consumo de los clientes finales, existiendo incentivos a dar acceso privilegiado a comercializadoras del propio grupo. Estas asimetrías son tanto más perjudiciales para la competencia cuanto mayor es el tamaño del propietario de la información.

Quinta.—El Tribunal, partiendo del elevado nivel de concentración en los mercados afectados y de la debilidad de la competencia efectiva, prevé un reforzamiento de la posición de las partes debido, directamente, a la adición de cuotas en los mercados de aprovisionamiento, transporte e infraestructuras de importación de gas y generación de electricidad. Este reforzamiento sería especialmente significativo en los mercados de solución de restricciones técnicas y en distribución y suministro de ambos productos. Adicionalmente, los efectos horizontales se agravan por la desaparición de Endesa y Gas Natural en aquellos mercados de gas y electricidad, respectivamente, en los que habían iniciado su entrada y expansión.

Sexta.—En el mercado de aprovisionamiento se produciría un incremento en la cuota de Gas Natural en alrededor del 3 %. Este efecto, que puede parecer poco significativo, es importante cualitativamente, al implicar la desaparición de un competidor recién entrado, Carboex, empresa del Grupo Endesa, presente en el mercado de aprovisionamiento, con contratos de importación de gas con proveedores internacionales y con incentivos económicos a la expansión. Se incrementarían, por tanto, los riesgos de efectos restrictivos sobre la competencia efectiva en el aprovisionamiento, aún más probables al considerar la participación del 12 % que actualmente tiene Endesa en el proyecto Medgaz.

Séptima.—La presencia en el consejo de administración de Enagas de empresas con actividades en el aprovisionamiento, importación y suministro de gas constituye una integración vertical de hecho que actúa como

barrera a la entrada de nuevos agentes en el mercado. Tras la operación se reforzaría esta posición ya que las dos empresas están presentes en el consejo de administración de Enagas. Esta integración vertical se reforzará con las participaciones de Endesa en los proyectos de plantas de regasificación de Sagunto y Mugaridos. El Tribunal ha tenido además en consideración los precedentes recientes de Gas Natural en este mercado, incurriendo en prácticas prohibidas por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia y por el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea.

Octava.—En el mercado de distribución de gas, la empresa resultante vería incrementado su ámbito de actuación, y aunque a nivel nacional este incremento es de escasa entidad no ocurre lo mismo en los mercados relevantes de las Comunidades de Valencia, Andalucía, Castilla y León, Extremadura y Aragón, donde el incremento es preocupante, especialmente en las dos últimas. Como consecuencia, se dificultaría la competencia referencial en estas zonas geográficas. En algunos de estos mercados geográficos, el tamaño y la densidad de la población son suficientes para que, evitando siempre la duplicidad de redes y una vez agotadas el resto de las economías de escala de la actividad de distribución, pueda ser de interés económico la presencia de dos o más oferentes en el servicio de distribución de gas.

Novena.—Con respecto a la capacidad de generación eléctrica, el Tribunal considera que la operación de concentración reforzaría el poder de mercado de los ahora dominantes en el mercado de generación a través de un doble efecto. Por un lado, una desincentivación, cuando no un freno, a los proyectos de inversión en centrales de ciclo combinado, tanto por parte de la empresa resultante, que obtiene ya incrementos de capacidad con la operación, como por parte de otros competidores, al tener estos últimos la posibilidad de incrementar su capacidad acudiendo a las desinversiones derivadas de la operación. Este hecho es de especial importancia al ser Gas Natural un nuevo entrante con numerosos planes de inversión en capacidad y dependiente de una sola tecnología, las centrales de generación de ciclo combinado, que es la de más rápido crecimiento entre todos los métodos de producción de electricidad.

Décima.—Por otro lado, en el mercado de generación eléctrica la empresa resultante vería reforzada su posición de dominio, como consecuencia de la nueva estructura de tecnologías de generación que le daría el hecho de incorporar las centrales de ciclo combinado. La demanda residual positiva, que actualmente es inferior a la de Iberdrola, se vería incrementada considerablemente. Todo ello le otorga un mayor poder de mercado derivado de una mayor capacidad para afectar los precios del 'pool'.

Undécima.—En lo que se refiere al mercado de solución de restricciones técnicas, el Tribunal estima que, con independencia de las mejoras regulatorias que hayan podido introducirse recientemente, la posición del grupo resultante se vería reforzada con la operación analizada debido al solapamiento en las Comunidades de Andalucía y Cataluña, y especialmente en las provincias de Cádiz y Barcelona, de diversas centrales de Endesa y de Gas Natural que, constantemente, son requeridas para solucionar restricciones técnicas. El Tribunal ha tenido además en consideración los precedentes recientes de Endesa en este mercado, incurriendo en prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

Duodécima.—En el mercado de distribución de electricidad el incremento que se produce en las redes de distribución es de escasa entidad. Sin embargo, la operación dificulta la competencia referencial en diversas zonas geográficas. En algunos de estos mercados geográficos, el tamaño y la densidad de la población son suficientes para que, evitando siempre la duplicidad de redes y una vez agotadas el resto de las economías de escala de la actividad de distribución, pueda ser de interés económico la presencia de dos o más oferentes en el servicio de distribución de electricidad.

Decimotercera.—El Tribunal subraya que la operación analizada supone un refuerzo de la integración vertical del grupo Gas Natural, fortaleciendo su poder de mercado en los sectores gasista y eléctrico, siendo de especial importancia su posición en el aprovisionamiento de Gas Natural, combustible estratégico para la generación eléctrica. Este reforzamiento podría restringir la competencia en los mercados de suministro de Gas Natural, tanto el destinado a generación eléctrica (mayores incentivos a la exclusión de competidores) como a clientes industriales y residenciales (facilitado por un posible empleo estratégico del arbitraje entre gas y electricidad con finalidades anticompetitivas).

Decimocuarta.—Adicionalmente, la operación incentivaría la explotación de la información asimétrica con la que cuentan los distribuidores de gas y electricidad del grupo frente a sus competidores externos en comercialización. Estos efectos son previsibles incluso tomando en consideración que la distribución es una actividad regulada debido a su carácter de monopolio natural.

Decimoquinta.—El Tribunal reconoce otros efectos no horizontales derivados de la operación. En primer lugar, el riesgo de que la presencia dominante y simultánea en gas y electricidad abra una vía suplementaria para la transferencia de rentas entre estas actividades energéticas. Adicionalmente, el control de Gas Natural, especialmente por parte de Repsol, impli-

caría que al arbitraje entre gas y electricidad en generación eléctrica, deba sumarse el posible arbitraje entre gas y productos petrolíferos comercializados por Repsol, especialmente fuelóleos.

Decimosexta.—En el sector eléctrico las principales barreras a la entrada, detectadas por el Tribunal en diversos precedentes, serían la integración vertical, la existencia de activos estratégicos difícilmente duplicables, las limitadas interconexiones internacionales, los costes de instalación y diversificación del parque de generación, el sistema de funcionamiento del mercado mayorista y los costes de transición a la competencia. En los mercados del gas, además de la integración vertical, destacan, entre otras, el acceso a fuentes de aprovisionamiento y a las infraestructuras de importación, las elevadas inversiones que implican las nuevas infraestructuras y la estructura actual de precios minoristas. El Tribunal estima que dichas barreras a la entrada revisten, en este caso, una importancia fundamental, reduciendo notablemente la presión competitiva que los operadores, presentes o potenciales, pueden ejercer sobre la empresa resultante de la operación, limitando gravemente la expugnabilidad de dichos mercados.

Decimoséptima.—El Tribunal destaca la tendencia creciente a que las empresas que operan en alguno de estos sectores ofrezcan conjuntamente gas y electricidad, las denominadas ofertas duales, especialmente en el segmento doméstico y reconoce que dichas ofertas pueden tener interés desde el punto de vista de la competencia. Ahora bien, para trasladar completamente a los consumidores este tipo de ofertas con todas sus bondades, el escenario competitivo no debería ser a través del fortalecimiento de la posición de dominio de uno de ellos y mucho menos a través de la reducción del número de los operadores que pueden hacerlo con éxito.

Decimooctava. En el caso analizado, las eficiencias alegadas no son sustanciales, no está previsto que se produzcan con prontitud, afectan, fundamentalmente a los costes fijos de la nueva entidad y no aumentan la capacidad ni los incentivos de la entidad fusionada para actuar de manera procompetitiva. En consecuencia, el Tribunal estima que las eficiencias generadas por la concentración no son suficientes para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia de la operación presentada.

Decimonovena.—Las ventas de activos propuestas por el Notificante no restablecen la competencia, tanto por su naturaleza como por su composición, no resolviendo ni los problemas de competencia horizontal, en los mercados mayoristas de electricidad y de suministro minorista de gas y electricidad; ni los verticales, especialmente en la cadena de valor del gas, ni conglomeradas, fundamentalmente, los diversos problemas de exclusión. En todo caso, la designación de Iberdrola como comprador de activos no sólo no resuelve sino que potencia los efectos restrictivos que la operación trae como consecuencia.

Vigésima.—El Tribunal considera que los efectos de conglomerado de la operación alteran gravemente la dinámica competitiva existente actualmente en los mercados de gas y electricidad. Se modifican en un sentido negativo para la competencia los incentivos del proveedor principal de gas para actuar en el mercado de la electricidad, así como aquellos que hacen posible su crecimiento en comercialización. La operación elimina uno de los operadores creíbles en los mercados de gas, con capacidad de crecimiento, con capacidad de contratación internacional a corto y largo plazo y para competir en distribución y comercialización. Se eliminan, adicionalmente, las asimetrías entre ambos operadores. Actualmente, estas asimetrías les obligan a competir a cada uno en los mercados en los que el otro es dominante, generando una tensión y una dinámica competitiva que permite, simultáneamente, mostrar el camino más competitivo hacia la convergencia entre ambos sectores e ir trasladando en mayor medida el resultado a los precios y a la calidad de los servicios ofertados de todos estos mercados.

Vigésima primera.—El Tribunal considera que, ante un panorama de efectos anticompetitivos como el descrito, no resulta posible asegurar que un conjunto de condiciones razonables, realistas, proporcionales y eficaces, sean éstas estructurales, conductistas o reguladoras, o cualquier conjunto posible de ellas, pudieran compensar los daños de carácter irreversible que la operación conlleva."

En consecuencia, el TDC, teniendo en cuenta los efectos sobre la competencia que podría causar la operación y tras valorar los posibles elementos compensatorios de las restricciones que se aprecian, aconseja al Gobierno que declare improcedente la operación de concentración notificada y ordene que no se proceda a la misma.

El dictamen del Tribunal fue aprobado por una mayoría de los vocales, mientras que tres de ellos realizaron un voto particular discrepante. En concreto, en dicho voto se expresa el acuerdo de los vocales que lo suscriben con los diez primeros apartados del Informe pero su discrepancia en relación con las conclusiones por considerar que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo y los precedentes nacionales y comunitarios, existe un conjunto de condiciones que podría compensar los efectos de la operación sobre la competencia, por lo que se debería haber recomendado al Gobierno la autorización condicionada de la misma.

II. Consideraciones generales

Analizado el expediente y, en particular, los dictámenes preceptivos, y teniendo en cuenta el contexto en que se plantea la operación de concentración notificada, la decisión final se fundamenta en los objetivos y principios del control de concentraciones. En concreto, según lo previsto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia, el presente Acuerdo tiene por objeto la protección de la competencia efectiva en los mercados y está guiado por el principio de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los potenciales obstáculos para el mantenimiento de la misma derivados de la operación de concentración.

Así, el Acuerdo se enmarca en un contexto económico y regulatorio determinado, que ha sido descrito y analizado a lo largo del procedimiento y que no debe ser obviado a la hora de adoptar la presente decisión.

La necesidad de tener en cuenta el marco regulatorio ha sido claramente establecida por el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia de 21 de septiembre de 2005, por la que confirmó la decisión de la Comisión de prohibir la concentración EDP/ENI/GDP. En concreto, dicha sentencia señala que los mercados de electricidad y gas en la Comunidad no estaban necesariamente abiertos a la competencia antes de la adopción de las correspondientes Directivas. En particular, la segunda directiva del gas, cuyo objeto es lograr un mercado interior en el que prevalezca la competencia efectiva, fija un periodo transitorio hasta 2007 para la adopción de las medidas de trasposición necesarias en determinados mercados emergentes, como el de Portugal.

Como señala el TPI, no es posible separar el análisis de competencia de lo previsto en la citada Directiva, sobre cuya base anuló el análisis de los mercados del gas en Portugal, incluso a pesar del estudio prospectivo realizado por la Comisión Europea para valorar los efectos de la operación cuando dichos mercados estuviesen liberalizados en 2007, por considerar que con el mismo no se demostraba la existencia de efectos directos de la operación de concentración y tampoco se valoraba el efecto inmediato de los compromisos ofrecidos por las partes, por lo que no se daban los requisitos para prohibir la operación en lo relativo a los mercados del gas. No obstante, las conclusiones de la Comisión en el resto de mercados bastaron al TPI para confirmar la decisión de prohibición sobre la base de la insuficiencia de los compromisos ofrecidos para resolver los problemas de competencia detectados.

En este mismo sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo en el recurso 37/2003 contra el Acuerdo de Consejo de Ministro de 29 de noviembre de 2002 relativo a la concentración Sogecable-Vía Digital también ha confirmado que no es posible sustraerse a la consideración de las circunstancias y características de los mercados en que se produce la operación correspondiente.

En este caso, los distintos informes que obran en el expediente apuntan a que la presente concentración se enmarca en un importante proceso de cambio estructural y normativo en el sector energético de la UE y mencionan diversas operaciones comparables que se han realizado recientemente o se están planteando en otros Estados miembros.

En efecto, los mercados europeos del gas y de la electricidad están inmersos en un proceso de liberalización que todavía no se ha completado pero que sin duda ha tenido efectos sobre la dinámica competitiva de los mismos. Este proceso regulatorio se está viendo acompañado en la UE de una progresiva integración de los mercados del gas y de la electricidad, en parte impulsada por la creciente importancia del gas como fuente para la generación eléctrica, y, consiguientemente, en un cambio en la estructura competitiva de los mercados y en la propia estrategia de los operadores económicos, como ilustran, entre otros, los dos precedentes recientes de operaciones de concentración de ámbito comunitario ya mencionados.

En España, las sucesivas reformas normativas han permitido la creación de un mercado mayorista organizado de electricidad, la liberalización total de los mercados minoristas de gas y electricidad y la progresiva separación vertical de actividades reguladas y liberalizadas.

En el último Informe de la Comisión Europea comunicado al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el progreso en la creación del mercado interior de gas y de la electricidad COM(2005) 568 final, de 15 de noviembre de 2005, y en especial sus anexos técnicos, se refleja el diferente estadio en el proceso de liberalización de España con respecto al de otros países en que se han producido operaciones de concentración recientes, como Portugal o Hungría.

A lo largo del proceso de liberalización han ido apareciendo nuevos operadores, produciéndose la entrada en España de algunos de los principales grupos europeos, se han realizado varias operaciones societarias tanto de concentración como de segregación y han ido variando las estrategias empresariales de los principales actores. Todo ello se refleja en dos tendencias apreciables: la paulatina reducción de las cuotas de mercado de los incumbentes en los respectivos mercados, más intensa en el caso del gas, y el progresivo desarrollo de un mercado de suministro minorista

a precio libre, especialmente destacable en el segmento de clientes industriales.

En este contexto, el control de concentraciones debe garantizar la proporcionalidad de las decisiones con los objetivos que persigue. En particular, es preciso buscar el adecuado equilibrio entre la libre toma de decisiones empresariales y la protección de la competencia efectiva en los mercados. El objeto del control de concentraciones no es moldear la estructura de las empresas o de los mercados con el fin de ajustarlos a un diseño óptimo predeterminado ni suplir las carencias del marco regulador sino evitar que los cambios estructurales en los mercados derivados de operaciones de concentración resulten en una obstaculización al mantenimiento de la competencia efectiva, sin intervenir innecesariamente en la libre toma de decisiones por parte de los operadores económicos.

En este sentido, las operaciones de concentración son fruto de decisiones empresariales y no pueden ser prohibidas simplemente porque resulten en una modificación de la estructura competitiva de los mercados preexistente o porque no respondan a la estructura de mercado teóricamente más deseable, sino únicamente cuando a través de las condiciones sea imposible compensar los efectos restrictivos sobre la competencia. Ello exige al Gobierno un análisis detallado de las posibles condiciones a imponer y, en su caso, una decisión motivada sobre su adecuación para aportar al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia, tratando con ello de lograr el equilibrio entre el principio de libre empresa y el de libre competencia.

Por tanto, no cabe prohibir una operación de concentración sin antes descartar la existencia de posibles condiciones que resuelvan los problemas de competencia detectados analizando las distintas posibilidades existentes en este ámbito y, entre ellas, eligiendo las más adecuadas a los objetivos perseguidos. La necesidad de analizar la existencia de condiciones y de respetar la proporcionalidad en la decisión final ha sido reiteradamente señalada en los precedentes y en la jurisprudencia tanto en el ámbito español como en el comunitario.

Por lo que respecta al Tribunal Supremo español, las sentencias de 7 de noviembre de 2005 dictadas en los asuntos 32, 33, 37, 64 y 65/2003, mediante las que se desestimaron los correspondientes recursos contra los Acuerdos de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 correspondientes a la concentración Sogecable-Vía Digital han confirmado que la prohibición únicamente ha de ser adoptada cuando sea imposible la exigencia de que las condiciones que, en su caso, se impongan sean proporcionadas a los problemas de competencia detectados, teniendo el Gobierno un cierto margen de discrecionalidad para elegir, entre varias soluciones posibles, aquella que considere más adecuada a la consecución de los objetivos propuestos.

En cuanto a la jurisdicción comunitaria, cabe señalar los dos precedentes más recientes en el ámbito energético: Las decisiones de la Comisión de 9 de diciembre de 2004 y de 21 de diciembre de 2005 correspondientes a los asuntos M.3440 EDP/ENI/GDP y M.3696 E.ON/MOL. En efecto, estos casos ilustran con claridad que la Comisión, a pesar de la constatación de las peculiaridades regulatorias y estructurales de los respectivos mercados relevantes y de los problemas derivados de las respectivas concentraciones, no se planteó que fuese imposible identificar o fijar un conjunto de compromisos o condiciones que pudiesen resolver los posibles obstáculos para la competencia efectiva en mercados energéticos. En el caso EDP/ENI/GDP, la operación fue prohibida por la insuficiencia de los compromisos ofrecidos por los notificantes para resolver los problemas de competencia detectados, mientras que en el segundo la Comisión ha autorizado la operación por considerar suficientes los compromisos ofrecidos por la adquirente.

La sentencia del TPI por la que se desestimó el recurso interpuesto contra la prohibición de la primera operación anteriormente mencionada confirmó que la Comisión Europea no puede declarar una operación incompatible con el mercado común más que si los compromisos propuestos por las empresas son insuficientes para impedir la creación o el reforzamiento de una posición dominante que tenga como consecuencia un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Por tanto, aunque es responsabilidad de las partes demostrar que las soluciones propuestas resuelven los problemas de competencia, la Comisión no puede llegar a la conclusión de que, en la duda, está obligada a prohibir la operación. Por el contrario, corresponde en última instancia a la Comisión demostrar que tal operación, en su versión modificada, en su caso, por compromisos, debe ser declarada incompatible con el mercado común por persistir la creación o el reforzamiento de una posición dominante que obstaculiza significativamente una competencia efectiva.

En relación con la proporcionalidad, es importante recordar que el control de concentraciones no tiene por objeto compensar todos los problemas de competencia que puedan existir en los mercados sino evitar los efectos restrictivos que puedan derivarse de la operación concreta, tratando de preservar las condiciones preexistentes a la misma. En este sentido, las condiciones que se puedan adoptar deberán referirse a los efectos de la concentración e imponerse a las partes notificantes. El pro-

cedimiento regulatorio global del sector deberá seguir el cauce normativo adecuado.

Además, el procedimiento de control de concentraciones ha de estar presidido por la protección de la seguridad jurídica de los operadores económicos. En este sentido, es importante tener en cuenta que la presente operación se articula a través de una oferta pública de adquisición de acciones. Se trata de un instrumento propio de los mercados financieros y fundamental para garantizar la libre circulación de capitales y de inversiones así como los principios de buen gobierno corporativo mediante la salvaguarda de los intereses legítimos de los accionistas. En este tipo de operaciones, el tiempo y la certidumbre resultan determinantes.

En consecuencia, la protección de la seguridad jurídica exige el respeto a los plazos extremadamente breves que la normativa prevé para el ejercicio de este control, la adecuada motivación de las decisiones y, en la medida en que lo permita el carácter específico caso por caso de este proceso, la consistencia con los precedentes existentes que puedan servir de referencia.

En aplicación de los citados principios, teniendo en cuenta el contexto en que se enmarca la operación de concentración notificada así como los precedentes recientes en el ámbito europeo, y vistos los informes preceptivos, no resulta procedente acordar la prohibición de la operación de concentración consistente en la adquisición por Gas Natural del control de Endesa por cuanto es posible subordinar su autorización a la observancia de un conjunto de condiciones que aportan al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la concentración y, por tanto, garantizar que su ejecución no resultará en una obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados analizados.

En concreto, el presente Acuerdo establece trece condiciones sustantivas, fundamentalmente estructurales, y siete de procedimiento, que siguen las líneas marcadas en los precedentes más relevantes en este ámbito, tanto nacionales como comunitarios.

La determinación de las condiciones se basa en el principio de proporcionalidad, en función del cual se exige que las mismas sean adecuadas para compensar los obstáculos para la competencia efectiva derivados de la operación de concentración y que, en caso de que haya más de una condición posible para resolver los problemas concretos detectados, se opte por la menos restrictiva de la libertad empresarial.

Las condiciones impuestas se refieren a todos los ámbitos en que los distintos informes que obran en el expediente han detectado la posible obstaculización del mantenimiento de la competencia efectiva como consecuencia de la operación de concentración y se relacionan claramente con los obstáculos concretos para la competencia derivados de la misma.

En efecto, si bien los informes del TDC y de la CNE difieren en la cuantificación de la cuota de mercado de las partes en los diferentes mercados y en la valoración de los efectos de la concentración, coinciden en que la operación tiene efectos que pueden restringir la competencia en tres ámbitos:

- a) Aprovisionamiento y transporte de gas a España.
- b) Generación eléctrica e integración vertical de gas y electricidad.
- c) Distribución y suministro minorista de gas y electricidad.

Finalmente, cabe señalar que Gas Natural ha presentado, junto con la notificación, determinados compromisos que, según la notificante, van dirigidos a solventar los problemas de adición de cuotas en los mercados de generación eléctrica y de suministro de gas y electricidad, eliminar los vínculos con los activos de regasificación, reducir los vínculos accionariales con Enagas, promover la competencia referencial en los sistemas eléctricos insulares y en las redes de distribución, eliminar los vínculos con los competidores, limitar las consecuencias negativas de los efectos verticales de la operación y traspasar a los consumidores eficiencias de la operación.

Todos los informes preceptivos evacuados sobre la presente concentración coinciden en considerar insuficientes los compromisos ofrecidos por Gas Natural junto con la notificación del expediente para resolver los problemas de competencia detectados, bien por su insuficiente magnitud o por no compensar determinados efectos verticales o de conglomerado. En esa misma línea, el presente Acuerdo impone condiciones que van más allá de las propuestas por la notificante y que se basan en las distintas opciones que han sido planteadas en el marco de dichos informes preceptivos.

III. Motivación de las condiciones sustantivas

En relación con los mercados de aprovisionamiento y transporte de gas a España, tres son los principales efectos de la operación de concentración que han sido apuntados en los distintos informes y que se corresponderían con las conclusiones sexta y séptima del dictamen del TDC:

a) En primer lugar, la adición de la cuota de mercado correspondiente de Endesa, que opera a través de Carboex en el aprovisionamiento de Gas Natural, y su desaparición como competidor potencial en este mercado. En este ámbito, cabe señalar que la CNE y el TDC atribuyen una cuota de mercado diferente a Gas Natural y, por tanto, realizan una valoración distinta de los efectos de la operación.

b) En segundo lugar, la adición al control por parte de Gas Natural de los gasoductos de importación de la participación de Endesa del 12% en el proyecto del gasoducto de Medgaz, cuya entrada en funcionamiento está prevista para 2009.

c) Finalmente, la adquisición por parte de Gas Natural de las participaciones de Endesa en las regasificadoras de Sagunto y Mugaros así como de la participación en el capital y en el consejo de administración de Enagas.

A lo largo del procedimiento de control de concentraciones se han planteado las siguientes condiciones que podrían resolver los problemas de competencia detectados:

Venta a un tercero de Carboex o puesta a disposición de terceros del gas contratado por dicha filial de Endesa.

Venta a un tercero de la participación del 12% de Endesa en el proyecto Medgaz o, alternativamente, liberación de derechos de uso en el gasoducto del Magreb equivalentes al gas vehiculado a través de dicho gasoducto que corresponda a la citada participación.

Programa de liberación de Gas Natural, con dos alternativas. Por una parte, que Gas Natural ponga a disposición de comercializadoras independientes mediante asignaciones mensuales por subasta gas equivalente al excedente del contrato Sagane I una vez cubierto el contrato con Enagas para atender el suministro minorista a tarifa. Por otra parte, se ha propuesto un programa de liberación de gas por una cantidad anual de 6 bcm, equivalentes al 60% del consumo de los grandes clientes de Gas Natural y a un tercio del total de gas aprovisionado en España por dicho grupo durante 2005.

Venta de las participaciones de Endesa en las regasificadoras de Sagunto y Mugaros.

Reducción de la participación accionarial en Enagas hasta el máximo establecido por la Ley o enajenación de toda participación en el capital y en el consejo de administración.

En relación con las distintas propuestas, las dos primeras no resultan proporcionales ni adecuadas para resolver los problemas generados por la operación de concentración.

Por una parte, la venta a un tercero de Carboex resuelve o elimina el solapamiento horizontal en aprovisionamiento derivado de la operación pero plantea el problema de que dicha empresa no sólo se dedica al aprovisionamiento de gas sino que también opera en otros ámbitos, como por ejemplo los mercados internacionales de carbón, lo que dificultaría la enajenación de la misma y no respondería al principio de proporcionalidad.

Por otra parte, la venta de la participación en Medgaz no resulta proporcionada ya que impondría una actuación estructural inmediata para compensar un hipotético efecto futuro sobre la competencia efectiva que se produciría cuando entrase en funcionamiento dicho gasoducto, a partir de 2009. Además, es preciso tener en cuenta la existencia de diversos proyectos de infraestructuras de regasificación en la Península Ibérica que estarán operativas a lo largo del presente ejercicio. En este mismo sentido, la propia entrada en funcionamiento del gasoducto Medgaz reforzaría sustancialmente las posibilidades de importación de gas y, consecuentemente, reducirá el peso relativo de Gas Natural en este ámbito, puesto que la capacidad prevista del mismo, en su mayor parte no cubierta o comprometida todavía, está entre 8 y 12 bcm, lo que equivaldría a la mitad total del consumo de Gas Natural en España en la actualidad y en torno al 20% de la prevista para 2009. Finalmente, la participación de Endesa en dicho proyecto que adquiere Gas Natural como consecuencia de la presente operación no le proporciona el control sino únicamente los derechos proporcionales de uso, equivalentes a 1 bcm.

Por el contrario, sí resulta adecuada la tercera propuesta, relativa a la realización de un programa de liberación de gas. Se trata de un mecanismo incluido en recientes decisiones sobre operaciones de concentración y utilizado en España en el pasado, que tiene un efecto directo sobre la competencia en los mercados mayoristas de gas, señalados como uno de los principalmente afectados por la operación de concentración. Finalmente, se trata de un medio efectivo para limitar el poder de mercado de Gas Natural en el abastecimiento y para garantizar que el gas implicado se destinará efectivamente a aumentar la competencia en el mercado español.

También resulta adecuada y proporcionada la venta de las participaciones de Endesa en las regasificadoras de Sagunto y Mugaros. Se trata de una condición estructural que claramente resuelve el problema generado por la concentración y que no plantea en principio dificultades en cuanto a su ejecución.

Finalmente, la ruptura de la integración vertical entre las actividades liberalizadas y el transporte sin duda elimina algunos de los riesgos detec-

tados en los informes sobre la operación de concentración, por lo que resulta adecuado que Gas Natural reduzca su participación en el capital de Enagas al 1 % y no tenga ningún representante en el consejo de administración.

En atención a lo anterior, las condiciones primera a quinta del Acuerdo resuelven los problemas potenciales detectados en el aprovisionamiento de gas a España mediante actuaciones tanto sobre el gas suministrado por Gas Natural como sobre las infraestructuras de importación y transporte correspondientes.

Así, las condiciones primera y segunda establecen dos programas de liberación de gas con cantidades y características diferentes por un total cercano a los 3 bcm, lo que representa alrededor del 10 % de la demanda total a mercado.

La condición primera establece un programa de liberación de cantidades anuales equivalentes al aprovisionamiento de Endesa durante el ejercicio 2005, cercano a los 2 bcm. Con ello, se compensa el efecto de la concentración derivado del solapamiento horizontal de las actividades de las partes en este mercado.

Como complemento de la anterior, para compensar la desaparición de Endesa como competidor independiente y favorecer la liquidez del mercado mayorista de gas, la condición segunda establece un programa de asignación de cantidades mensuales de gas con un horizonte anual. Teniendo en cuenta la ventaja competitiva de Gas Natural derivada de su participación en la principal infraestructura de importación y en el contrato de aprovisionamiento que hasta el momento proporciona el menor coste de la materia prima, dicho programa supondrá la asignación de hasta 1 bcm al año del exceso que resulte del contrato Sagane I sobre el suministro preciso para cubrir las necesidades de Enagas en cuanto a la venta a tarifa.

Por su parte, la condición tercera establece los principios que regirán los programas de asignación de gas. En cuanto al plazo, el programa durará tres ejercicios a partir de 2007, disponiéndose que las primeras asignaciones se realicen antes de terminar el presente año para garantizar una compensación inmediata de los posibles efectos de la concentración y que sus efectos tengan permanencia en cuanto al cambio en la estructura del mercado y las condiciones de competencia.

También se dispone que sea la CNE la que, teniendo en cuenta la experiencia en las subastas de gas realizadas hasta el momento, diseñe un procedimiento que, en todo caso, garantice una asignación transparente y no discriminatoria para todos los competidores presentes y potenciales en los mercados del gas en España. El Acuerdo únicamente aclara que el gas asignado se entregará en cualquiera de los puntos de entrada al sistema gasista peninsular para garantizar que esta condición tendrá efectos en dicho mercado. En el caso de la asignación del gas correspondiente al contrato Sagane I, teniendo en cuenta las características específicas del mismo, se establece que el precio a percibir por Gas Natural se corresponderá durante los dos primeros años con el del contrato Sagane I más los costes de gestión correspondientes. El exceso que se perciba sobre dicho precio será aplicado para el incremento de las inversiones en redes e infraestructuras, en beneficio de la calidad y eficiencia del servicio.

Las cantidades y plazos recogidos en estas tres primeras condiciones son adecuados teniendo en cuenta el tiempo medio necesario para la consecución de contratos de aprovisionamiento en los mercados internacionales, el peso relativo del Gas Natural licuado y su evolución prevista, así como los significativos efectos que sobre la estructura competitiva en aprovisionamiento tendrá la entrada en funcionamiento del gasoducto del Medgaz.

Finalmente, las condiciones cuarta y quinta no solo eliminan el refuerzo de la participación de Gas Natural en las infraestructuras de importación y transporte de gas derivado de la concentración mediante la venta de las participaciones en las dos regasificadoras en que Endesa participa sino que establecen una estricta separación vertical entre la actividad regulada del transporte y las actividades no reguladas de aprovisionamiento y comercialización al disponer la venta de cualquier participación accionarial que exceda del 1 % en Enagas así como su salida del consejo de administración.

En relación con la generación eléctrica y la integración vertical del gas y la electricidad, los principales efectos de la operación que se desprenden de los informes preceptivos que obran en el expediente y que se corresponden con las conclusiones novena, décima, undécima y decimotercera del dictamen del TDC, son las siguientes:

a) Refuerzo de la capacidad de generación y, por tanto, del poder de mercado de uno de los dos operadores pivotaes del pool eléctrico, mediante la suma de la capacidad instalada de Endesa y de Gas Natural.

b) La incorporación de la capacidad correspondiente a Gas Natural es especialmente importante puesto que se trata de centrales de ciclo combinado, tecnología especialmente flexible y, por tanto, importante para poder influir en los precios en determinados tramos horarios. Endesa dispone de una capacidad instalada de centrales de ciclo combinado de 1.200 MW mientras que Gas Natural aporta siete centrales de

ciclo combinado funcionando o en pruebas con una capacidad equivalente a 2.800 MW.

c) La adición de capacidad instalada derivada de la operación puede llevar a que Gas Natural tenga el monopolio para la solución de las restricciones técnicas en determinadas zonas, en concreto, de Cataluña y Andalucía.

d) La suma de los parques de ciclos combinados de ambos operadores desincentivará la realización de los proyectos que ambos tenían en cartera, con lo que se frenará el aumento de capacidad instalada en los próximos años y, con ello, se mantendrá el déficit de generación que permite el ejercicio de poder de mercado en el pool en los momentos de demanda alta.

e) La integración vertical reforzada de Gas Natural-Endesa le permitiría aumentar los precios del Gas Natural como input para la generación y en paralelo aumentar los precios del pool, aprovechando además la información sensible de los competidores a los que suministre gas.

Para compensar los efectos horizontales, verticales y de conglomerado identificados, a lo largo del expediente se ha planteado esencialmente la venta de centrales de generación con una capacidad instalada superior a la que se añade con la operación de concentración y a la ofrecida por la notificante. En cuanto a la magnitud y características de la venta, se han adelantado dos propuestas: enajenación de centrales en funcionamiento con una capacidad de 4.300 MW de tecnologías retirables, de los que 400 MW deberían estar situados en Cataluña y otros tantos en Andalucía, o venta de las siete centrales de ciclo combinado de Gas Natural en funcionamiento o pruebas en 2006 (capacidad instalada equivalente a 2.800 MW).

En esta línea, el presente Acuerdo persigue compensar todos los posibles efectos detectados mediante una importante reducción de la capacidad de generación de la empresa resultante, que en virtud de la condición sexta deberá enajenar centrales de generación eléctrica con una capacidad instalada equivalente a 4.300 MW. Los activos que se desinvertan deberán ser de tecnologías retirables, con el fin de reducir el poder de mercado en el pool de la entidad resultante de la concentración, lo que, según los distintos informes, incluiría los ciclos combinados de Gas Natural, la hidráulica modulable, el carbón, el gas convencional y el fuel-oil. Las centrales deberán tener al menos diez años de vida útil restante, y, dado que la capacidad instalada extrapeninsular no se incorpora en el pool y, por tanto, no es relevante a efectos del poder de mercado de los operadores en el mismo, se exige que sean centrales instaladas en la España peninsular.

Si bien esta capacidad instalada a desinvertir es superior a la aportada por Gas Natural con la operación, resulta proporcionada por cuanto ésta no sólo tiene efectos derivados del solapamiento horizontal sino, en este ámbito, potenciales efectos restrictivos derivados de la integración vertical gas-electricidad, siendo además destacables las previsiones de crecimiento de la adquirente como generador eléctrico. De acuerdo con el informe de la Comisión Nacional de Energía, la desinversión de esta capacidad instalada compensaría los efectos sobre la competencia tanto horizontales como verticales y de conglomerado derivados de la concentración e incluso podría permitir una reducción de los índices de concentración y de pivotalidad existentes en el pool eléctrico y, con ello, de la capacidad de los operadores para ejercer una influencia significativa en los precios del mercado en determinadas horas.

En atención a los potenciales problemas derivados del solapamiento en zonas en que Gas Natural y Endesa suelen ser llamadas a resolver restricciones técnicas, el paquete de desinversión deberá incluir al menos 400 MW en Cataluña y Andalucía.

Además, la condición sexta impone la obligación de que en el paquete de activos a vender se incluya, al menos, una determinada capacidad en centrales de ciclo combinado o hidráulica modulable. Esta obligación se deriva de las siguientes consideraciones: Gas Natural aporta centrales de ciclo combinado, se trata de tecnologías clave desde la perspectiva de su flexibilidad para la oferta al mercado, y tanto la CNE como el TDC han apuntado a que la adición de las centrales de ciclo combinado en funcionamiento de Endesa podría eliminar los incentivos de Gas Natural a seguir desarrollando sus proyectos y, por tanto, podría resultar en un menor crecimiento de la capacidad instalada en España.

Con el fin de que las desinversiones tengan un efecto directo en la posición de la empresa resultante en el ámbito de la generación y en la ya apuntada línea de reforzar los incentivos de Gas Natural a seguir promoviendo y desarrollando centrales de ciclo combinado, se exige que los activos vendidos sean centrales en funcionamiento o en pruebas, pero no proyectos. Además, la condición séptima prohíbe a Gas Natural comprar a terceros, directa o indirectamente, centrales de generación de ciclo combinado en funcionamiento o en pruebas durante dos años.

Por su parte, la condición octava exige la concesión a los actuales clientes de Gas Natural en la comercialización para generación eléctrica mediante ciclo combinado de un derecho de rescisión unilateral de sus contratos, principalmente para permitir que, ante el nuevo escenario de

disponibilidad de gas liberado, los actuales clientes de Gas Natural puedan optimizar sus decisiones de suministro para sus centrales de ciclo combinado y para evitar los riesgos derivados del acceso a información sensible de los competidores.

En relación con la distribución y el suministro minorista de gas y electricidad, los informes de la CNE y del TDC han apuntado los siguientes efectos, correspondientes a las conclusiones octava, duodécima, decimocuarta y decimoséptima del dictamen de este último órgano:

a) Como consecuencia de la operación, quedan en manos de un único operador las redes de gas y electricidad en determinadas zonas de España (Andalucía, Aragón, Cataluña y Sur de Extremadura). Con ello se podrían reforzar los efectos de la integración vertical ya existente en cada uno de los mercados del gas y de la electricidad. Dada la influencia potencial del control de las redes para la competencia en comercialización de energía, sobre todo a clientes doméstico-comerciales, el efecto conglomerado derivado del control de ambas por parte de Gas Natural podría resultar en la obstaculización de la competencia efectiva en este mercado, en particular por el acceso privilegiado a la información.

b) Además, se refuerza la posición de las dos partes actuales en la comercialización de gas y electricidad mediante la adición de los respectivos negocios. También desaparece el competidor más significativo en las respectivas zonas en que son dominantes las partes en gas o en electricidad, respectivamente, puesto que el operador que dispone de una de las redes de distribución es el mejor situado para realizar «ofertas duales» que compitan con las del incumbente.

Para resolver estos problemas, se han planteado diversas alternativas, de entre las que destacan las siguientes:

Separación vertical de la propiedad de las actividades reguladas y liberalizadas, de forma que si Gas Natural quiere operar en la comercialización de gas y de electricidad, deberá vender a un tercero las correspondientes redes de distribución.

Separación horizontal de las redes de distribución y de la actividad de comercialización de los respectivos mercados, de forma que se tenga que vender una de las dos redes, de gas o de electricidad, para evitar el solapamiento de las mismas bajo el control de Gas Natural como consecuencia de la concentración.

Mantenimiento de las actividades de distribución y comercialización en el mismo grupo pero sin posibilidad de comercializar temporalmente en las zonas en que tenga las redes superpuestas, para lo que no podrá realizar nuevas contrataciones ni renovar contratos hasta que la cuota de mercado en cada zona en términos de volumen de gas y electricidad comercializados se reduzca al 50 %, situación en que deberán mantenerse durante dos años. Además, esta propuesta incluye la separación funcional y la desinversión de empresas de distribución con redes de distribución completas y al menos 1.500.000 puntos de suministro.

Limitación de la cuota de participación en la distribución de electricidad y de gas de Gas Natural al 60 %, medida tanto en puntos de suministro como en energía suministrada, en las Comunidades Autónomas en que la concentración pudiese llevar al solapamiento de las redes de gas y de electricidad. Para ello, se deberán vender redes de distribución completas, agrupadas en paquetes que reúnan diferentes categorías del mercado de venta a tarifa con una implantación cercana al 40 % del territorio de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Eliminación de vínculos con competidores mediante la venta de la participación de Gas Natural en Naturcorp Multiservicios S. A. y Gas Natural de Álava S. A.

En relación con estas propuestas, la separación vertical de la propiedad resolvería las potenciales barreras a la comercialización derivadas de la tenencia de la red de distribución. De la misma manera, evitando el solapamiento de las redes de gas y de electricidad en manos de Gas Natural se evitaría el efecto conglomerado derivado de la concentración en determinados ámbitos geográficos.

Sin embargo, se trataría de medidas de carácter esencialmente regulatorio que, además, no guardan la debida proporcionalidad con los problemas derivados de esta operación de concentración concreta por las siguientes razones:

En primer lugar, todos los informes elaborados apuntan a que no hay barreras a la entrada en comercialización a clientes industriales y, por tanto, los posibles obstáculos derivados de la propiedad de las redes de distribución se limitarían al segmento de clientes doméstico-comerciales. Sin embargo, las medidas estructurales propuestas no permiten distinguir entre los distintos tipos de clientes y, por tanto, van más allá de lo requerido para compensar los potenciales obstáculos derivados de la operación de concentración.

En segundo lugar, las Directivas 2003/54 y 2003/55, de 26 de junio de 2003, que enmarcan el proceso de liberalización de estos mercados en la UE, establecen la obligación de separación funcional de actividades de red y de suministro minorista pero no exigen la separación de la propie-

dad de las mismas. Partiendo de la base de que la separación legal no es suficiente para garantizar el acceso transparente y no discriminatorio de terceros operadores, estas normas exigen la separación funcional de actividades a través de la adopción de medidas organizativas que garanticen la independencia en la toma de decisiones de los gestores de las redes de transporte y distribución cuanto éstas estén controladas por grupos verticalmente integrados.

En tercer lugar, ya hay zonas en España con redes solapadas, como ocurre con el grupo Hidrocarbónico en Asturias y Endesa en Aragón, sin que el regulador haya considerado preciso modificar esta situación para resolver los potenciales problemas de acceso de los comercializadores.

Por otra parte, en diversos informes se apunta a la existencia de posibles sinergias en la gestión conjunta de las redes de distribución de gas y electricidad. Dado que se trata de actividades reguladas, su traslación a los consumidores se produciría a través de las decisiones del regulador en cuanto a desarrollo y mantenimiento de las redes y tarifas, pero resulta claro que la prohibición del solapamiento de redes impediría la realización de las mismas.

Asimismo, como ilustra el Informe de progreso de la Comisión Europea ya citado, la experiencia de otros Estados miembros más avanzados en el proceso de liberalización apunta a que el cambio de comercializador de los clientes domésticos es relativamente limitado, sin que la inercia y la fidelización dependan unívocamente de la propiedad de las redes de distribución.

En sexto lugar, si bien la experiencia hasta el momento apunta a la importancia de la fidelización de los clientes doméstico-comerciales dentro del mismo grupo del distribuidor de gas, también hay datos que apuntan en el sentido de que puede haber factores para la competencia en comercialización y la realización de ofertas duales más importantes que la tenencia de la red, entre los que sin duda destaca el conocimiento de la empresa o el precio.

Finalmente, es importante tener en cuenta que la mayoría de problemas potenciales derivados de la tenencia de las redes tienen carácter regulatorio. La imposición de medidas estructurales a los operadores económicos no puede ir más allá de lo necesario para resolver los problemas de competencia generados por una operación de concentración concreta tratando de compensar insuficiencias normativas, en particular, cuando no se han agotado sus posibilidades.

En este sentido, se ha avanzado recientemente en la adopción de normas que tienen por objeto profundizar en la garantía de un acceso a las redes transparente, no discriminatorio y a precios razonables. En concreto, a través del conjunto de normas aprobadas por el Consejo de Ministros el 25 de febrero de 2005, se pusieron en marcha una serie de reformas en el ámbito energético tendentes a profundizar en la liberalización ordenada del sector y, en concreto, reforzar la transparencia, facilitar el cambio de suministrador y eliminar las posibles ventajas relativas del tenedor de la red. Como ya se ha apuntado, las segundas Directivas del gas y de la electricidad están pendientes de trasposición en España. Finalmente, el Gobierno ha abordado una revisión en profundidad del marco normativo del sector eléctrico y ha encargado la elaboración de un Libro Blanco para disponer de un análisis que sirva de base a la correspondiente reforma.

Por tanto, el proceso regulatorio todavía no está completo, por lo que no parece posible descartar por se la utilidad de la regulación sectorial, señalada como un elemento importante para garantizar la existencia de acceso efectivo a las redes en todo el proceso de liberalización comunitario.

Tampoco resulta conveniente adoptar la propuesta de establecer una cuota máxima del grupo resultante en comercialización en determinados ámbitos, por cuanto se trata de una actividad liberalizada y podría tener efectos contrarios a los perseguidos si da lugar, por ejemplo, a una traslación de los clientes a precio libre hacia el mercado de suministro a tarifa. Además, la instrumentación del establecimiento de una cuota máxima mediante la no renovación de contratos podría perjudicar a los correspondientes consumidores, que se verían privados de la posibilidad de acceder a la oferta de Gas Natural, incluso aunque fuese la más competitiva y beneficiosa para sus intereses.

En atención a lo anterior, se ha optado por cinco condiciones que persiguen compensar los potenciales efectos para la competencia derivados del solapamiento de redes de distribución, tanto por lo que se refiere a la competencia referencial en actividades reguladas como a la competencia efectiva en comercialización, pero guardando la proporcionalidad entre medios y fines.

En concreto, la condición novena dispone que Gas Natural deberá vender su negocio de comercialización de electricidad y el negocio de comercialización de gas de Endesa, lo que elimina la adición de cuotas derivada de la concentración por el solapamiento horizontal.

Además, la condición décima le obliga a romper todos los vínculos con competidores en comercialización lo que en todo caso implica la venta de su participación accionarial, directa o indirecta, en el grupo Naturcorp y en Gasnalsa.

En tercer lugar, la condición undécima dispone la obligación de vender redes de distribución con un mínimo de 1.500.000 puntos de suministro. Esta desinversión excede del número de puntos aportado por Endesa como consecuencia de la operación de concentración ya que no responde al objetivo de compensar un efecto horizontal de adición de redes sino de posibilitar la competencia referencial de Gas Natural, teniendo en cuenta el carácter regulado y de monopolio natural de esta actividad y los posibles efectos de conglomerado de la operación.

Así, con esta desinversión, la participación de Gas Natural en la distribución se reduce a aproximadamente el 60 % del total nacional. Además, se permite la entrada de al menos dos operadores adicionales, con un tamaño mínimo que impide que se realice una venta fragmentada a adquirentes sin capacidad para aprovechar las economías de escala ni para servir de referencia frente a Gas Natural.

Si bien las desinversiones se concretarán en el plan de actuaciones, en todo caso deberán incluir los correspondientes activos y contratos, y se escindirán con redes de distribución completas, entendiéndose por tales, como señala la CNE, la red de distribución mallada (o lineal en su caso) existente desde los puntos de conexión de la red de distribución con la red de transporte.

Finalmente, se establecen dos importantes condiciones para evitar las posibles barreras a la entrada en comercialización derivadas de la tenencia de las dos redes de distribución que han sido apuntadas en el expediente en relación con los clientes doméstico-comerciales: la posible coordinación o actuación discriminatoria de la empresa de distribución con respecto a los comercializadores ajenos a su grupo, y el uso de la información privilegiada para dificultar el cambio de suministrador.

Así, con el fin de compensar los posibles efectos para la competencia en el suministro minorista derivados de la disponibilidad para el grupo resultante de información privilegiada sobre sus clientes, la condición decimosegunda obliga a Gas Natural a ceder a una empresa o entidad independiente, que no realice las actividades de comercialización, la información y los medios para realizar el cambio de suministrador de aquellos clientes de sus redes de distribución en las zonas en que se produce solapamiento de las de gas y electricidad como consecuencia de la operación de concentración.

Además, en virtud de la condición decimotercera, Gas Natural deberá proceder a la separación funcional de las actividades reguladas y liberalizadas. En línea con lo dispuesto en las citadas Directivas sobre normas comunes para el mercado interior del Gas Natural y de la electricidad, las compañías distribuidoras de Gas Natural deberán poder adoptar decisiones independientemente del grupo, en particular en relación con los activos necesarios para explotar, mantener o desarrollar la red y con el acceso de los comercializadores a la misma. Para garantizar la independencia en la gestión, los miembros del Consejo de Administración de las distribuidoras no podrán participar en estructuras de compañías energéticas integradas encargadas, directa o indirectamente, de la gestión de las actividades no reguladas en los respectivos mercados.

Finalmente, en relación con las posibles eficiencias o sinergias derivadas del solapamiento de las redes de distribución, Gas Natural las ha evaluado en 75 millones de euros anuales, considerando que se derivan de la reorganización del personal no técnico (directivos, administrativos, etc.) de las áreas de distribución de ambas compañías, de la realización conjunta de la lectura de contadores y de la gestión de cobro, y de la gestión conjunta de proveedores. Afirma que estas eficiencias se trasladan a los consumidores a través del compromiso de incrementar la inversión en las redes de distribución en la citada cantidad.

En este sentido, es importante recordar que la gestión de la red de distribución es una actividad regulada y, por tanto, la traslación de las eficiencias a los consumidores vendrá determinada por las mejoras en cuanto a la calidad de prestación del servicio y las reducciones de las tarifas que acuerden los órganos reguladores correspondientes.

IV. Motivación de las condiciones de procedimiento

Las condiciones decimocuarta a vigésima establecen el procedimiento para el cumplimiento de las trece condiciones sustantivas anteriormente motivadas. La decimocuarta simplemente aclara qué se entiende por Gas Natural a los efectos de este Acuerdo, incluyendo la matriz del grupo y sus filiales.

La condición decimoquinta establece la obligación de que los activos incorporen todos los elementos necesarios para su funcionamiento como entidades independientes del grupo en el que hasta ahora estuviesen integrados, previéndose en particular la obligación de que Gas Natural ofrezca el suministro del gas necesario para el funcionamiento de las centrales de ciclo combinado durante los dos años siguientes a su venta, en condiciones equivalentes a las existentes antes de la operación de concentración.

Se trata de una obligación para Gas Natural que mantiene el "status quo" y compensa los posibles efectos de la operación derivados de la integración vertical del grupo y de su peso reforzado en la generación

eléctrica que han sido señalados en algunos informes. Esta condición, en línea con las que habitualmente incorpora cualquier compraventa de activos productivos, no implica necesariamente un suministro en exclusiva ni la obligación de que el comprador de los activos tenga que suscribir el correspondiente contrato con dicho operador.

En cuanto a los requisitos del comprador de los activos, la condición decimosexta recoge los generalmente exigidos en la práctica española y comunitaria, cuyo objetivo es, en esencia, que el comprador sea un competidor efectivo de la empresa resultante de la concentración.

En determinados informes se ha apuntado a la conveniencia de que se excluya a algún operador concreto de la posible venta o que se establezcan cuotas máximas de generación para el comprador potencial. Sin embargo, no resulta adecuado realizarlo en este Acuerdo por cuanto la adquisición de los activos, además de estar sujeta a la autorización por parte del Servicio de Defensa de la Competencia prevista en la condición decimosexta, puede estar sujeta también al control de concentraciones, por parte de la jurisdicción nacional o la comunitaria, y no es pertinente limitar o prejuzgar el análisis que pueda realizarse en dicho marco. Además, el establecimiento de cuotas máximas de mercado es un instrumento de carácter regulatorio que no se corresponde con el control de concentraciones y que podría resultar inconsistente con el mismo.

En este mismo sentido, cabe recordar que el Acuerdo entre Gas Natural e Iberdrola no forma parte de la operación de concentración objeto del presente expediente. De hecho, constituye otra operación de concentración que, en su caso, debería ser notificada, en el marco del procedimiento de control de concentraciones, a las autoridades competentes en función de su dimensión.

En cuanto al plazo para la enajenación de activos, la condición decimoséptima dispone un proceso claro y rápido, con dos fases diferentes. En primer lugar, se fija un plazo durante el que Gas Natural podrá cerrar un acuerdo de compraventa con un tercero, cuya idoneidad deberá ser valorada por el SDC. En caso de que Gas Natural no cumpla la condición en dicho plazo, se pasa a la segunda fase, previéndose la venta por parte de un fideicomisario independiente, que Gas Natural deberá proponer junto con el Plan de Actuaciones y al que se otorgará un mandato de venta que permita la efectiva enajenación de los activos dentro del plazo dispuesto para ello.

Por lo que respecta al calendario para la venta de activos de generación eléctrica, resulta conveniente, en línea con la práctica habitual de las autoridades de competencia nacionales y comunitarias, que ésta se produzca en un plazo breve con el fin de que la condición tenga carácter estructural y puedan compensar cualquier posible efecto restrictivo de la competencia desde el momento en que se ejecute la operación de concentración. No obstante, es preciso considerar que dicho efecto estructural se corresponde con la adición de la capacidad de generación correspondiente a Gas Natural, que equivale a 2.800 MW en 2006, y es inferior al volumen total de los activos a desinvertir.

En atención a lo anterior, resulta proporcionado establecer un primer plazo inicial para la enajenación de la capacidad instalada equivalente a la que aporta Gas Natural y un segundo plazo para la venta del resto de activos de generación. En todo caso, los activos que han de venderse para evitar el solapamiento en la solución de restricciones técnicas deberán enajenarse en el primer plazo, para evitar el efecto estructural inmediato en este mercado.

Considerando la importancia para la posición negociadora de las partes que intervienen en una compraventa, y en línea con los precedentes existentes tanto en España como en el ámbito comunitario, es imprescindible que los plazos máximos de desinversión tengan tratamiento confidencial.

En cuanto a la condición decimoctava, dado que el plazo para la enajenación es corto, no parece preciso crear una sociedad para la administración de los activos por desinvertir, aunque sí el nombramiento de un tercero independiente encargado de supervisar o, en caso de resultar preciso, dirigir la gestión de los negocios y que garantice que Gas Natural no realiza actuaciones que puedan deteriorar los activos o reducir su valor de mercado o accede a información sensible de dichos activos, por ejemplo relativa a los clientes de Endesa en el suministro minorista de gas o electricidad.

Finalmente, las condiciones decimonovena y vigésima disponen el procedimiento habitual para la instrumentación concreta de las condiciones mediante la presentación por Gas Natural de un plan de actuaciones y la competencia del SDC para modificar y aprobar el mismo y vigilar el cumplimiento del presente Acuerdo. No obstante, la CNE informará preceptivamente antes de la aprobación del plan, del nombramiento del gestor independiente y de la aprobación de los compradores de los activos a desinvertir.

V. Consideraciones finales

Finalmente, cabe señalar que las condiciones impuestas no tienen por objeto determinar la estructura empresarial que debe haber en los respec-

tivos mercados ni realizar una reforma del marco regulatorio de los mercados del gas y de la electricidad en España sino aportar al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los posibles efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la operación de concentración que han sido identificados a lo largo del expediente.

En efecto, en el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia se apunta a que el principal riesgo de la operación, relacionado con los efectos conglomerado, es la alteración grave de la dinámica competitiva actualmente existente en los mercados del gas y de la electricidad que, según el mismo, se basaría en la existencia de dos conglomerados asimétricos con incentivos para competir en el mercado en que no tienen una posición dominante, cambio que difícilmente podría ser compensado con condiciones.

Sin perjuicio de lo cuestionable de tratar de mantener una estructura cuyos problemas de competencia y barreras a la entrada han sido apuntados reiteradamente a lo largo del expediente y de considerar que la dinámica competitiva de los mercados esté esencialmente ligada a la existencia de dos conglomerados asimétricos susceptibles de ejercer presiones competitivas no reproducibles por terceros, no es función del control de concentraciones determinar cuál ha de ser la estructura de las empresas o del mercado siguiendo algún modelo, hipotético o real, sino compensar los posibles efectos restrictivos sobre la competencia efectiva derivados de la operación de concentración concreta. En esta misma línea, tampoco es función de este procedimiento resolver todos los problemas regulatorios que puedan existir en un mercado determinado.

No obstante lo anterior, no cabe ignorar que las condiciones impuestas en el presente Acuerdo de Consejo de Ministros podrían inducir los siguientes efectos:

Possible creación de un nuevo operador eléctrico o refuerzo de los ya presentes con un parque relevante de tecnologías retirables.

Impulso al mercado mayorista de Gas Natural como consecuencia de la ejecución de los programas de liberación, que proporcionarían este recurso a los operadores que quieran competir en la comercialización en una doble vertiente: garantizando un aprovisionamiento estable de gas mediante las asignaciones anuales y dando una liquidez a más corto plazo al mercado mediante las mensuales.

Creación o refuerzo de competidores de Gas Natural en los mercados del gas. En concreto, la enajenación de parte de las actuales redes de distribución de Gas Natural facilitaría la incorporación de al menos dos operadores con un tamaño significativo en esta actividad, lo que permitiría la competencia referencial que ha sido apuntada en los informes que obran en el expediente y, junto con los mecanismos dispuestos para favorecer el cambio de suministrador, coadyuvaría a potenciar la competencia en comercialización.

Aumento de la inversión en redes e infraestructuras y en el desarrollo de nuevos productos, que redundará en una mejora de los servicios prestados a los consumidores.

La competencia para adoptar el presente Acuerdo corresponde al Consejo de Ministros, según lo previsto en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. Dicha competencia ha sido afirmada en el informe del Servicio de Defensa de la Competencia y confirmada tanto en la Decisión de la Comisión Europea de 15 de noviembre de 2005 COM/11.3986 Gas Natural/Endesa, en la que consideró que la concentración no tiene dimensión comunitaria de acuerdo con el artículo 1 del Reglamento 139/2004, como en el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia.

El presente Acuerdo se entiende sin perjuicio de las autorizaciones que puedan resultar preceptivas en aplicación de la normativa sectorial vigente y, en su caso, de la competencia de la Comisión Europea para enjuiciar las operaciones de concentración que puedan derivarse del proceso de desinversión de activos previsto en el mismo.»

Madrid, 3 de febrero de 2006.

SOLBES MIRA

1841

ORDEN EHA/4304/2005, de 8 de noviembre, por la que se resuelven solicitudes de incentivos regionales, para la realización de proyectos de inversión y la modificación de las condiciones de expedientes resueltos con anterioridad.

La Ley 50/1985, de 27 de diciembre, sobre incentivos regionales, desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, modificado por los Reales Decretos 897/1991, de 14 de junio, 302/1993, de 26 de febrero y 2315/1993, de 29 de diciembre, constituye un instrumento para las actuaciones de ámbito estatal, dirigidas a fomentar las iniciativas empresariales con intensidad selectiva en determinadas

regiones del Estado con objeto de repartir equilibradamente las actividades económicas dentro del mismo.

Los Reales Decretos, 491/1988, de 6 de mayo, modificado por los Reales Decretos 2486/1996, de 5 de diciembre y 1333/2001, de 30 de noviembre, 487/1988, de 6 de mayo, modificado por los Reales Decretos 528/1992, de 22 de mayo, 2485/1996, de 5 de diciembre y 1332/2001, de 30 de noviembre, 488/1988, de 6 de mayo, modificado por los Reales Decretos 303/1993, de 26 de febrero y 1331/2001, de 30 de noviembre, 489/1988, de 6 de mayo, modificado por el Real Decreto 1330/2001, de 30 de noviembre, 490/1988, de 6 de mayo, modificado por los Reales Decretos 529/1992, de 22 de mayo, 133/1994, de 4 de febrero, 2488/1996, de 5 de diciembre y 1329/2001, de 30 de noviembre, 568/1988, de 6 de mayo, modificado por los Reales Decretos 530/1992, de 22 de mayo y 1328/2001, de 30 de noviembre, 569/1988, de 3 de junio, modificado por el Real Decreto 1327/2001, de 30 de noviembre, 570/1988, de 6 de junio, modificado por los Reales Decretos 2487/1996, de 5 de diciembre y 1335/2001 de 30 de noviembre, 652/1988, de 24 de junio, modificado por Real Decreto 1326/2001, de 30 de noviembre, 1129/1988 de 30 de septiembre, modificado por el Real Decreto 1325/2001, de 30 de noviembre, 1389/1988, de 18 de noviembre, modificado por los Reales Decretos 1397/1992, de 20 de noviembre y 1323/2001, de 30 de noviembre y 883/1989, de 14 de julio, modificado por los Reales Decretos 789/1991, de 17 de mayo, 852/1992, de 10 de julio, 2489/1996, de 5 de diciembre, y 1334/2001, de 30 de noviembre, establecieron la delimitación de la Zona Promocionable de Aragón, de las Zonas de Promoción Económica de Asturias, Murcia, Castilla-La Mancha, Cantabria, Galicia, Canarias, Castilla y León, Andalucía, Melilla, Extremadura y Comunidad Valenciana respectivamente y fijaron los objetivos dentro de dichas zonas, así como los sectores promocionables y la naturaleza y cuantía máxima de los incentivos regionales que podrán concederse en dichas zonas a los solicitantes que realicen proyectos de inversión y cumplan los requisitos exigidos.

Se han presentado solicitudes para acogerse a estos incentivos regionales, y se han tramitado las mismas de conformidad con la legislación que las afecta, vistas las propuestas de los Grupos de Trabajo previstos en el artículo 21 del Real Decreto 1535/1987, de 11 de diciembre, o, en su caso, las del Consejo Rector y al amparo de lo dispuesto en el artículo 27 del Real Decreto anteriormente citado, he tenido a bien disponer:

Primero. Concesión de Incentivos Regionales.—Se conceden incentivos regionales a los proyectos de inversión que se relacionan en el Anexo I de esta Orden en el que se indican el importe de los mismos, la inversión incentivable y los puestos de trabajo a crear.

Segundo. Modificación de condiciones.—Se acepta la modificación de los expedientes que se relacionan en el Anexo II, en el que se especifican los datos de inversión, subvención y puestos de trabajo a crear, concedidos inicialmente y los resultantes de esta modificación.

Tercero. Resoluciones individuales.

1. La Dirección General de Fondos Comunitarios notificará individualmente a las empresas, a través del órgano competente de la Comunidad Autónoma, las condiciones generales y particulares que afectan a cada proyecto mediante las correspondientes resoluciones individuales.

2. La resolución sobre concesión de beneficios que sea expedida por aplicación de lo dispuesto en la presente Orden no exime a las empresas de cumplir los requisitos y obtener las autorizaciones administrativas que, para la instalación o ampliación de las industrias, exijan las disposiciones legales vigentes, nacionales o comunitarias, así como la normativa de la respectiva Comunidad Autónoma y las correspondientes ordenanzas municipales.

3. Se faculta a la Dirección General de Fondos Comunitarios para que pueda autorizar modificaciones, en más o menos y hasta un diez por ciento, respecto del importe de la subvención concedida, de la inversión aprobada o del número de puestos de trabajo.

Cuarta. Abono de las subvenciones.

1. La adquisición de los derechos por los perceptores de las subvenciones que puedan derivarse de la presente Orden queda condicionada a la existencia de crédito adecuado y suficiente y a la aprobación del correspondiente expediente de gasto por el órgano competente, previa la preceptiva fiscalización favorable de la Intervención.

2. El abono de las subvenciones a que dé lugar la presente Orden quedará sometido a la tramitación y aprobación del oportuno expediente de gasto, que ha de incoarse con cargo al correspondiente crédito cifrado en la sección 15 «Economía y Hacienda», rúbrica 15.14.422A.771 del vigente presupuesto, en el momento de presentarse la primera liquidación de subvención.

3. Los titulares de las subvenciones concedidas por la presente Orden quedan sujetos al cumplimiento de lo establecido en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de abril de 1986, sobre justificación del cumplimiento de las obligaciones tributarias, y en la Orden de 25