

Tribunal de Defensa de la Competencia

I N F O R M E

EXPEDIENTE DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA C 76/02 ENDESA/HIDROFLAMICELL

EMPRESA NOTIFICANTE: ENDESA RED S.A.U

**OBJETO: ADQUISICIÓN POR PARTE DE ENDESA RED S.A.U. DE
DETERMINADOS ACTIVOS DE LA SOCIEDAD HIDROFLAMICELL, S.L.**

INDICE

1	ANTECEDENTES	3
1.1	Notificación.....	3
1.2	Recepción del expediente y actuaciones del Tribunal	3
1.3	Alegaciones del notificante: Endesa Red.....	4
1.4	Alegaciones de Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U	10
1.5	Alegaciones de Hidrocantábrico	11
1.6	Alegaciones de Productora Eléctrica Urgelense S.A. PEUSA	11
1.7	Alegaciones de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA)	12
1.8	Mercado de Electricidad (OMEL) y Consejo de Consumidores y Usuarios	12
1.9	Informe preceptivo de la Comisión Nacional de la Energía (CNE)	12
2	DESCRIPCIÓN DE LA OPERACION.....	15
3	APLICACIÓN DE LA LEY 16/1989 DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	16
4	EMPRESAS PARTICIPANTES EN LA OPERACION.....	17
4.1	Empresa adquirente: ENDESA RED, S.A.U.....	17
4.2	Empresa Adquirida: HIDROFLAMICELL, S.L.U.....	19
5	MERCADO RELEVANTE	21
5.1	Mercado de producto	21
5.2	Mercado geográfico	24
6	ESTRUCTURA DEL MERCADO ELÉCTRICO.....	26
6.1	Descripción de la estructura del conjunto del mercado eléctrico.	26
6.2	La actividad de distribución: regulación y ámbito posible de competencia	27
6.3	Mapa de las actividades de distribución y comercialización. Diferentes cuadros descriptivos.	28
7	BARRERAS DE ENTRADA	29
7.1	Riesgo Regulatorio.....	29
7.2	Excesivo grado de concentración.....	30
7.3	Integración vertical	31
8	EFFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA. Aplicación de los principios generales anteriores al caso concreto de Hidroflamicell.....	33
9	EFFECTOS COMPENSATORIOS DE LAS RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA 37	
10	CONCLUSIONES	39
	DICTAMEN	41
	VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULAN LOS SEÑORES CASTAÑEDA, COMENGE Y MARTÍNEZ ARÉVALO	41

1 ANTECEDENTES

1.1 Notificación

El día 23 de septiembre de 2.002 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) la notificación relativa al proyecto de operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de ENDESA RED, S.A.U. (en adelante, ENDESA RED) del 75% de las acciones de la sociedad HIDROFLAMICELL, S.L, unipersonal (en adelante HIDROFLAMICELL). De conformidad con el artículo 6 del Real Decreto 1443/2.001, el SDC requirió del notificante, con fechas 3 y 28 de octubre de 2.002, información de carácter necesario para la resolución del expediente. Dicha información fue cumplimentada el 15 de octubre y 8 de noviembre de 2.002, respectivamente.

Dicha notificación fue realizada por ENDESA RED de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) por superar el umbral establecido en el artículo 14.1 a). A esta operación le es de aplicación lo previsto en el Real Decreto 1443/2.001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1.989, en lo que se refiere al control de concentraciones.

1.2 Recepción del expediente y actuaciones del Tribunal

El día 14 de noviembre de 2.002 tuvo entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) para dictaminar, previa audiencia de los interesados, el expediente referenciado por el SDC como N-286 ENDESA RED/ HIDROFLAMICELL, remitido por la Dirección General de Defensa de la Competencia por orden del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.bis.1 de la LDC, que contempla esta actuación cuando se considere que la operación notificada “.... puede obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado...”.

El plazo del que dispone el Tribunal para elaborar su dictamen es de dos meses y finaliza el 14 de enero de 2.003. Este expediente ha sido clasificado en el Tribunal con la referencia C76/02 ENDESA RED/HIDROFLAMICELL.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 14.1 del Real Decreto 1.443/ 2.001, de 21 de diciembre, el Presidente del Tribunal designó una Comisión encargada de elaborar la ponencia que servirá de base al informe del Tribunal sobre la operación notificada, integrada por el Vocal Sr. D. José Juan Franch Menéu y

asistida por la Asesora del Presidente, Sra. Dña. Marta García Jáuregui, en calidad de Secretaria de la Comisión.

Con objeto de que los diferentes operadores económicos del sector, que puedan verse afectados por la operación de concentración, pudieran presentar sus alegaciones a la misma ante el Tribunal, se elaboró una Nota Sucinta sobre los extremos fundamentales del expediente. Tal y como se regula en el art. 14.2 del citado Real Decreto 1.443/2.001 ésta fue puesta en conocimiento de los notificantes para que se manifestaran sobre la existencia o no de información confidencial en el contenido de dicha Nota. Una vez manifestada su conformidad con la misma ésta fue remitida a las empresas y asociaciones que la Comisión consideró que podrían resultar afectadas, dándoles la oportunidad de exponer su criterio acerca de los posibles efectos sobre la competencia derivados de la operación de concentración. Los receptores de la Nota Sucinta fueron más de 25 entidades, fundamentalmente competidores actuales y potenciales, así como clientes de las empresas afectadas, asociaciones de distribuidores y comercializadores de energía eléctrica y consumidores, incluidos grandes consumidores y PYMES consumidoras de electricidad.

Asimismo, el Ministro de Economía solicitó el preceptivo informe sobre la operación a la Comisión Nacional de la Energía (en adelante, CNE), cuyo informe se evacuó, estando ya el expediente en el TDC.

Durante la elaboración del dictamen se recibieron diversos escritos de alegaciones pero ninguna empresa, asociación o institución solicitó ser declarada interesada y ninguna tampoco se opone a su aprobación.

1.3 Alegaciones del notificante: Endesa Red.

Para la empresa notificante la operación no sólo no obstaculiza la competencia efectiva en el mercado sino que aportaría una mejora considerable y unos efectos sensiblemente beneficiosos para la competencia y los consumidores y usuarios del servicio eléctrico en general.

Sus alegaciones se centran en los siguientes puntos:

1.3.1 Existen muchas notas diferenciadoras entre este caso y el Informe C-66/01 (expediente Iberdrola/Berrueza y otras)

De entre ellas destacan las siguientes:

- 1.3.1.1 Escasa dimensión de la operación notificada, que afecta solamente a unos 373 clientes, lo cual supone una operación de menor importancia que la planteada por Iberdrola en el expediente C-66/01.
- 1.3.1.2 Existencia de amplio apoyo institucional y empresarial, incluidas empresas competidoras, tanto establecidas como nuevas entrantes: A pesar de la amplia audiencia concedida (organizaciones de consumidores, Unión Fenosa, Iberdrola, Hidrocantábrico, Gas Natural, UNESA, CNE, OMEL, Generalidad de Cataluña, y múltiples pequeños distribuidores catalanes), no ha habido oposición a la operación. En particular, cabe destacar que la operación notificada tiene su origen en una petición de la Generalidad de Cataluña en virtud de la Resolución del Parlamento 284/VI, publicada el 23 de noviembre de 2000, por la que se insta al Gobierno de la Generalidad a realizar las oportunas gestiones para resolver los defectos en el suministro eléctrico en núcleos del Pirineo. Fruto de lo cual ha sido el acuerdo de la Dirección General de Energía y Minas de la Generalidad, de 27 de junio de 2001, por el que se acuerda que FECSA-ENDESA (hoy ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, SLU) debería pasar a tener la titularidad de las redes de distribución para ejercer las funciones de empresa distribuidora. (Copia de dichos documentos han sido incorporados al expediente.)
- 1.3.1.3 Por el transcurso del tiempo se ha puesto de manifiesto que las empresas distribuidoras de la Disposición Transitoria Undécima LSE no introducen competencia en el mercado de la electricidad, con los beneficios que la misma aporta. Antes al contrario, se están produciendo situaciones de dejadez en la prestación del servicio y abandono de instalaciones eléctricas, en comportamientos claramente perniciosos, lo cual ha obligado a las empresas distribuidoras establecidas (titulares de la obligación de servicio universal), a hacerse cargo de la gestión de la distribución en la zona afectada. Baste citar el caso de una empresa distribuidora de la provincia de Huesca que, ante el estado precario de sus instalaciones, decidió unilateralmente dejar de suministrar la energía a sus abonados, teniendo que acordar el Servicio Provincial de Industria, Comercio y Desarrollo la encomienda de la gestión del servicio de distribución a ENDESA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA, en los valles de Bardagí, Bedeler y Espluga. (También ha sido incorporado al expediente copia del citado acuerdo).
- 1.3.1.4 El contexto de la competencia actual es sustancialmente distinto al que existía hace un par de años. El adelanto de la fecha de plena liberalización al 1 de enero de 2003 ha puesto de manifiesto un interés

amplio de empresas de la energía y de otros sectores, tanto nacionales como extranjeros, en el mercado español de la electricidad. Han aparecido multitud de empresas, algunas de ellas muy importantes al nivel internacional.

1.3.1.5 *Aunque es interés loable del legislador y de este Tribunal que no se sobrepasen determinadas cuotas de mercado, la práctica está demostrando que dichas normas han de aplicarse de forma flexible. Por un lado, hay que tener en cuenta que el Grupo Endesa ha vendido una de sus empresas distribuidoras (Viesgo), con lo que ha reducido significativamente su cuota en el mercado nacional de distribución. Pero, por otro lado, la obligación de servicio universal en virtud de la cual la empresa distribuidora establecida tiene que atender a los nuevos suministros que se le soliciten supone una modificación constante de dicha cuota, sin que por ello se afecte a la competencia. Así, ha de entenderse en términos dinámicos y no estáticos las limitaciones de cuota de mercado porque, en la práctica, dicha cuota podría llegar a estar más afectada por los nuevos suministros que por la compra de HIDROFLAMICELL.*

1.3.2 La Ley no reconoce expresamente la existencia de competencia entre empresas distribuidoras por adquirir nuevos clientes.

Antes al contrario, hay argumentos para interpretar que no está permitida. Por tanto, hemos de inferir que para el legislador en el mercado de distribución no existe competencia entre redes de distribución sino competencia en el acceso a las redes de distribución. Es decir, no hay competencia entre empresas distribuidoras por capturar nuevos clientes sino competencia entre todas las empresas comercializadoras (titulares del derecho de acceso a la red de distribución) y la empresa distribuidora a la que se conecta o se pueda conectar el cliente, pudiendo elegir el cliente si desea recibir la electricidad de una u otra. La operación notificada, según lo expresado, no tiene efectos sobre la competencia en el mercado de distribución, quedando limitada a los posibles efectos que pueda tener sobre el mercado nacional de comercialización.

Indica Endesa, en lo que se refiere al mercado de la distribución, que la operación no contribuirá a reducir la competencia a pesar de la existencia de dos operadores en los municipios afectados (Senterada, Baix Pallars y Torre de Capdellá (los tres en la provincia de Lérida), ya que éstos no compiten entre sí al tener la actividad carácter de monopolio natural en cada una de las zonas en que operan. Señala la notificante que por ser un monopolio natural la ausencia de competencia es un hecho consustancial al propio mercado. Para Endesa es difícil la entrada de nuevos distribuidores, salvo en el caso de

nuevos clientes en zonas donde actualmente no existe red de distribución, ya que económicamente no les resultaría rentable duplicar la red existente, especialmente desde que pueden acceder a ese mercado creando empresas comercializadoras.

Señala textualmente Endesa que de acuerdo con lo establecido por el art. 16.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (“LDC”), el Tribunal de Defensa de la Competencia debe apreciar si la operación notificada puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, por lo que la premisa para considerar si una concentración es o no contraria a la LDC es la existencia de un mercado donde se manifieste el bien jurídico a proteger, esto es, la competencia como expresión de los derechos constitucionales a la propiedad privada (art. 33 de la Constitución española) y libertad de empresa (art. 38 CE).

Por tanto, no existirá dicho bien jurídico en aquellos ámbitos de actividad donde la Ley expresamente establece que no hay mercado, bien por ser dicha actividad un monopolio natural reconocido por la Ley, o bien porque ésta sustraiga la actividad al ejercicio de los particulares, constituyendo ex art. 128 CE un monopolio de iure, una actividad económica reservada a la Administración. En la distribución de energía eléctrica estamos en el primer caso, al ser reconocida por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (“LSE”) como un monopolio natural.

En efecto, dice la Exposición de Motivos de la LSE que el transporte y la distribución son un monopolio natural por la existencia de una única red, por lo que no se liberalizan, a diferencia de la generación y comercialización, estableciendo la propia LSE y su normativa de desarrollo importantes medidas que favorezcan la transparencia en el uso de la misma, entre las que destacan la configuración de la actividad como retribuida con criterios reglamentarios (R D 2019/1998), mediante tarifas fijadas administrativamente (art. 16.3 LSE, R D 2819/1998, por el que se regulan las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, R D 2016/2001, por el que se establece las tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución, y R D 1483/2001, de 27 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica para 2002).

La existencia de una regulación especial para la actividad de distribución, por tanto, deriva del hecho de ser un monopolio natural reconocido expresamente como tal por la normativa sectorial.

Una consecuencia importante de dicho reconocimiento es precisamente el establecimiento de separación jurídica de actividades. Así, el R D 277/2000, de 25 de febrero, por el que se establece el procedimiento de separación

jurídica de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, en desarrollo del art. 14 LSE, establece en su Preámbulo que “En este esquema la generación y la comercialización quedan definidas como actividades que se desarrollan en un régimen de libre competencia, por lo que sus retribuciones se derivan de su participación directa en los respectivos mercados. En las actividades de transporte y distribución de energía en las que la liberalización se introduce mediante la generalización del acceso de terceros a las redes, se continuará fijando administrativamente para evitar posibles abusos de posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red.”

Para mantener la igualdad de la oferta y la demanda en todo momento (libre competencia en el mercado) y los parámetros de seguridad de la red y calidad del servicio al menor coste posible para los consumidores (Título II del R D 1955/2000 por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorización de instalaciones de energía eléctrica), la LSE ha instaurado diversas vías: (1) organización del mercado y de las actividades económica y técnica mediante las figuras del Operador del Mercado y el Operador del Sistema, y (2) el acceso de terceros a las redes (ATR) para la realización del “tránsito de electricidad” (arts. 13 y 42.1 LSE y Título IV del R D 1955/2000) defendiendo los intereses de los consumidores a través de un desarrollo y uso adecuado de las redes de transporte y distribución. Con estas medidas el legislador pretende que todas las empresas que actúan en el mercado eléctrico partan de igualdad de condiciones a la hora de acceder al mercado, siendo así como realmente llega la competencia a las redes de distribución.

En efecto, al ser las redes de distribución monopolio natural, la Ley reconoce a las empresas prestadoras del servicio de suministro eléctrico el derecho de acceso a las redes (art. 42.1 LSE) definiendo con toda precisión sus condiciones, que en todo caso han de ser transparentes, objetivas y no discriminatorias (art. 42.2 LSE). La efectividad de dicho acceso determinará la competencia real en la oferta de servicios. Por ello el acceso de terceros a las redes es un derecho/obligación que se basa en un estatuto jurídico de la red de distribución que favorezca la competencia, esto es, las condiciones para ejercer el acceso en términos objetivos, no discriminatorios, con una tarifa por su uso fijada administrativamente y con determinación exacta de las razones que pudieran justificar una denegación de acceso (art. 43.2 LSE), previendo reglas claras y decisiones rápidas y ejecutivas para el caso en que no se permita injustificadamente dicho acceso a las redes (art. 43.3 LSE). De las posibles alternativas que tuvo el legislador para regular el acceso de terceros a las redes de distribución eligió aquel que más garantiza los derechos de los

terceros¹, pues se establece un precio regulado (art. 42.1 LSE) fijado por el Gobierno, separación jurídica de actividades (art. 14 LSE) y medidas de resolución rápida de conflictos a través de un organismo especializado (art. 43.3 LSE).

En lo que se refiere al mercado de la comercialización, Endesa no considera que una posición reforzada en el mercado de distribución pueda conllevar la aparición de barreras a la entrada en la comercialización y afectar negativamente al desarrollo de la competencia efectiva en el mismo, máxime cuando Hidroflamicell no actúa en dicho mercado.

- 1.3.3 Independientemente de lo anterior, la delimitación del mercado geográfico de distribución ha de ser analizada con diferentes criterios pues en puridad no estamos ante un ámbito geográfico equivalente al término municipal sino al espacio concreto que ocupan las redes, que no coincide con dicho término municipal. Esto tendrá consecuencias sobre la calificación de la posición de dominio y la posibilidad de realización de prácticas colusivas.
- 1.3.4 Los efectos de la operación notificada sobre la competencia son inapreciables, especialmente aplicando los índices de medida de concentración tales como el Herfindahl-Hirschman, HHI.
- 1.3.5 Recientemente se han producido nuevos criterios jurisprudenciales sobre concentraciones económicas que tienen un efecto directo sobre las decisiones de este Tribunal en la materia.
- 1.3.6 Las barreras a la competencia en el mercado nacional de comercialización ha de ser analizada con criterios basados en la razonabilidad y proporcionalidad, pues de lo contrario dichos criterios se alejarían de lo establecido por la reciente jurisprudencia en materia de concentraciones de empresas y no tendrían en cuenta las últimas propuestas normativas realizadas tanto por la Comisión Nacional de la Energía (“CNE”) como por el Gobierno para aportar transparencia al mercado de la electricidad. Las barreras a analizar son: (1) alta concentración en el mercado de distribución a clientes a tarifa en torno a las mismas empresas predominantes en el de comercialización a consumidores cualificados, (2) presencia de filiales en un mismo grupo en los mercados de generación y comercialización, (3) dificultades de los nuevos distribuidores para entrar en la zona de otro, (4) ventaja de

¹Cfr. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L. y ARIÑO ORTIZ, G.: *Derecho de la competencia en sectores regulados. Fusiones y adquisiciones, control de empresas y poder político*, Granada, Montecorvo, 2001, pp. 28 y sigs.

la empresa comercializadora del grupo en la zona en que actúa la distribuidora, y (5) riesgo regulatorio.

1.3.7 Finalmente, señalan que se debe valorar adecuadamente la contribución que la operación notificada puede aportar ex art. 16 LDC, en particular en la mejora de la prestación del servicio de suministro eléctrico a los actuales clientes de HIDROFLAMICELL, mejora de las redes, mejor cumplimiento de las obligaciones de calidad del suministro eléctrico y, en general, beneficios para la industria eléctrica española. Endesa considera que la operación redundará en una mejora de la calidad del servicio prestado a los consumidores, ya que la creciente calidad de suministro exigida por el mercado sólo puede ser mantenida por encima de un cierto umbral de negocio, lo que unido a la creciente complicación del sector eléctrico hace problemática la subsistencia de pequeñas distribuciones y reventas de energía eléctrica, por lo que es explicable la búsqueda de rentabilidad en base a la concentración con empresas, que permita la disminución de costes de operación y mantenimiento, a la vez que sean soporte de nuevas inversiones necesarias para afrontar el cada día más exigente marco regulatorio y de calidad del suministro. De otra forma, según la notificante, el abandono y el deterioro de instalaciones de distribución está garantizado. La operación de concentración permitiría una mejora en las condiciones de calidad del suministro al contar la empresa resultante con mayor capacidad para acometer las reformas en la red y que las empresas pequeñas de distribución no garantizan suficientemente. Endesa procedería a renovar las instalaciones, aumentando su capacidad, mejorando el impacto ambiental de la red con inversiones nuevas, así como reduciendo los costes operativos de las empresas al reducirse los costes de aprovisionamiento de materiales y servicios.

1.4 Alegaciones de Iberdrola Distribución Eléctrica, S.A.U

Iberdrola señala que la actividad de distribución tiene características de monopolio natural y que la competencia se produce en el tendido de nuevas redes, no en la actividad de distribución. En la operación de referencia lo que se adquiere son redes ya instaladas en núcleos de población de dimensión estable. De acuerdo con Iberdrola: *"la operadora que se pretende adquirir, dado su tamaño y su capacidad técnica, no es potencial participante en esa supuesta contienda por el trazado de nuevas redes..."*. Sigue Iberdrola en sus alegaciones enfatizando que: *"La operación no supone la reducción del número de competidores efectivos ni potenciales puesto que dado el carácter de monopolio natural éstos no compiten entre sí."*

Tampoco afecta la operación a la competencia efectiva en la comercialización ya que Hidroflamicell no se encuentra activa en el negocio de la comercialización. Por otra parte el volumen de clientes de Hidroflamicell es muy reducido y la mayoría son de baja tensión. El 1 de enero de 2.003 todos los clientes de Hidroflamicell podrán elegir a cualquiera de las empresas comercializadoras existentes en el mercado español.

Por último, Iberdrola defiende la operación de referencia alegando la mejora en la calidad del suministro y reducción de costes que la misma supondrá. En efecto, Iberdrola subraya que: *"la escasez de recursos puede llevar a la falta de nuevas inversiones y mantenimiento de instalaciones adecuada, poniendo en peligro la garantía de continuidad del suministro de los clientes, además del riesgo inmediato de una pérdida substancial de la calidad del mismo..."*

Además la operación contribuiría a reducir los costes operativos de las empresas, ya que se pueden reducir los costes de aprovisionamiento de materiales y servicios contratados.

1.5 Alegaciones de Hidrocantábrico

A diferencia de la operación Iberdrola/Berrueza en que Hidrocantábrico solicitó ser parte interesada y realizó numerosas alegaciones, en esta ocasión Hidrocantábrico manifiesta: *"Que habida cuenta del reducido tamaño de la operación y de su nula influencia en el mercado eléctrico de distribución, esta Sociedad no aprecia motivos de oposición al Expediente de referencia"*.

1.6 Alegaciones de Productora Eléctrica Urgelense S.A. PEUSA

En su escrito de alegaciones la empresa Peusa, Productora Eléctrica Urgelense, considera que no debe vetarse la operación de concentración notificada máxime cuando en la operación de adquisición por parte de Iberdrola Generación de las Sociedades Guadalcaacín Energía, SA y Enron España Generación que afectaba a una actividad que se ejerce en régimen de competencia, el SDC consideró que aun comportando la operación el refuerzo de la posición de Iberdrola, no debía considerarse que la operación comportara un deterioro efectivo de la competencia.

Señala Peusa que es importante *"analizar en cada supuesto el factor de proporcionalidad de la operación de concentración a fin de concluir si existe o no una afectación de la competencia efectiva"*. Así, si en la operación Iberdrola/Berrueza la CNE se manifestaba a favor de la operación ya que el incremento de cuota de mercado no alcanzaba el 0,1% de la cuota de mercado, así como por la reducida dimensión de las empresas adquiridas tanto respecto al mercado en su conjunto como respecto a la empresa

adquirente, en la operación actual, donde el incremento de la cuota de mercado ni siquiera alcanza el 0,1%, resulta más irrelevante desde el punto de vista de la competencia.

Peusa defiende, por último, el derecho a enajenar una empresa, máxime *“en un proceso liberalizador, en el que el riesgo regulatorio conlleva, sobretudo para empresas de reducido tamaño, una incertidumbre tal que les hace temer por la viabilidad de la empresa a medio y largo plazo si no se incorporan a una unidad de negocio de mayor dimensión.”* Concluye destacando la necesidad de no vetar aquellas operaciones de concentración empresarial, como la presente, que comportan una nula incidencia en la competencia efectiva en el mercado.

1.7 Alegaciones de la Asociación Española de la Industria Eléctrica (UNESA)

Señala en primer lugar la reducida dimensión de los negocios adquiridos ya que Hidroflamicell s.l., se creó para dar continuidad a la actividad de distribución que hasta entonces realizaba de forma personal, al actual propietaria, socia y administradora única de la empresa. En segundo lugar, llama la atención sobre el carácter regulado de la actividad de distribución. Concluye indicando que estas consideraciones impiden que la operación pueda tener efecto negativo alguno desde el punto de vista regulatorio o de la competencia.

1.8 Mercado de Electricidad (OMEL) y Consejo de Consumidores y Usuarios.

En el informe de fecha 29 de noviembre de 2002, el Consejo de Consumidores y Usuarios tampoco se opone a la operación de concentración y OMEL se limita a señalar que ninguna de las dos sociedades implicadas en el proceso de concentración tiene la condición de agente del mercado eléctrico conforme al artículo 4 del Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica y que, en consecuencia, no constan en el Mercado Organizado operaciones de las sociedades ENDESA RED e HIDROFLAMICELL.

1.9 Informe preceptivo de la Comisión Nacional de la Energía (CNE)

La Comisión Nacional de Energía elaboró el Informe preceptivo relativo a este proyecto de concentración económica, a los efectos de la Disposición Adicional Undécima, apartado tercero de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de Hidrocarburos, donde se le atribuye la función de *“informar preceptivamente*

sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia". Dicho Informe fue aprobado por el Consejo de Administración de la CNE en sesión celebrada el día 12 de diciembre de 2002.

En dicho informe se señala que la Comisión ya se pronunció con ocasión del proyecto de concentración económica consistente en la adquisición de las distribuidoras Berrueza, Serviliano García y Afrodisio Pascual por IBERDROLA REDES. En esta operación de concentración, de mayor importancia cuantitativa² que la analizada en el presente informe, la Comisión consideró firmemente que la operación no afectaba a la competencia efectiva **"pues no se produce un incremento relevante de la concentración existente, ni en la actividad de distribución ni en la actividad de comercialización"**.

En el caso de HIDROFLAMICELL todavía es más patente que no se produce un incremento relevante de la concentración existente en la actividad de distribución, dado que se trata de la adquisición de una empresa de menores dimensiones.

Por otro lado, a la hora de valorar cualquier concentración de actividades de transporte y distribución de energía eléctrica también debe tomarse en consideración otro elemento, la denominada "competencia referencial". Esta "competencia referencial" permite establecer entre actividades de monopolio natural, una comparación en términos de costes y calidad en el desarrollo de estas actividades, aportando al regulador mayor variedad de elementos de comparación para el ejercicio de su función reguladora, principalmente en aspectos tan importantes como la fijación de su retribución.(...)

En el caso de la adquisición de Berrueza y otras por IBERDROLA REDES, S.A.U., la CNE estimó que la operación analizada no tenía un efecto negativo en relación con los aspectos de la competencia referencial, al considerar que las instalaciones de distribución de las empresas adquirente y adquiridas difícilmente podían ser objeto de comparación debido a su diferente dimensión. Además, se tenía en cuenta que los regímenes retributivos de las empresas adquirente y adquiridas eran igualmente diferentes, ya que IBERDROLA REDES estaba sometida al régimen general retributivo de las actividades de distribución, mientras que las adquiridas estaban acogidas al régimen transitorio recogido en la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 54/1997.

² La energía suministrada por las distribuidoras Berrueza, Serviliano García y Afrodisio Pascual representaba el 0,015 por ciento del total nacional. El número de clientes de las tres distribuidoras objeto de adquisición ascendía a 6.476.

En consecuencia, la adquisición de HIDROFLAMICELL por ENDESA RED tampoco tendría un efecto negativo desde el punto de vista de la competencia referencial, ya que concurren las mismas circunstancias que las expuestas en el caso anterior.

Señala también la CNE que se deben tener en cuenta en la valoración de la operación de concentración los efectos positivos derivados de la misma en los términos en que se pronuncia el artículo 16 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, En este sentido, la operación de concentración puede contribuir a aportar mayor calidad y eficiencia al servicio eléctrico en la zona de distribución de HIDROFLAMICELL, si se tiene en cuenta la aportación de "know how" de ENDESA RED y los menores costes de operación y mantenimiento de las instalaciones de distribución. Luego la operación podría traducirse en mejoras en el sistema de distribución eléctrica local y regional.

La Comisión Nacional de la Energía también argumenta en su informe que "además, la concentración podría aportar al mercado local de HIDROFLAMICELL, que se reduce a 373 abonados, las ventajas derivadas de las economías de escala con las que cuenta ENDESA RED que dispone de una cartera de clientes de más de 10 millones de clientes. Esto podría redundar en beneficio de los clientes de HIDROFLAMICELL, que se traducirían en mejoras en la comercialización y en la prestación del servicio".

Así mismo, indica que:

Por último, en la valoración de la operación cabría hacer una breve mención a la actividad de comercialización, ya que aunque ENDESA RED no desempeña actividades de comercialización en el mercado libre, dentro del GRUPO ENDESA la sociedad ENDESA ENERGÍA realiza esta actividad, ostentando una elevada cuota de comercialización en la provincia de Lleida.

Sin embargo, la operación notificada no aumentaría los riesgos derivados de la integración de actividades de distribución sobre el desarrollo de la actividad de comercialización, en términos de incremento de barreras de entrada, información privilegiada o posibilidades de discriminación en perjuicio de los competidores del titular de la red, debido a la reducida dimensión de la empresa adquirida. En suma, el incremento de la concentración de la distribución resultante de la operación no afectaría a la competencia efectiva en el mercado de la comercialización.

Finalmente y como conclusión la CNE señala:

En definitiva, a juicio de esta Comisión, la operación de concentración no daría lugar a una modificación estructural que pueda obstaculizar el ejercicio de la competencia efectiva, ya que no se produce un incremento relevante en el grado de concentración existente en la actividad de distribución.

2 DESCRIPCIÓN DE LA OPERACION

La operación de concentración objeto de la presente notificación constituye la adquisición del 75% de las acciones de la empresa HIDROFLAMICELL, S.L. por parte de ENDESA RED, S.A. unipersonal.

El 23 de noviembre de 2.001 se firmó un “Compromiso de Compraventa de acciones de la futura Hidroflamicell, S.L.” entre Nueva Profesa-Redesa, S.L., sociedad del Grupo Endesa, (hoy sucedida por otra sociedad del Grupo Endesa, Nueva Nuinsa, S.L.) y la sucesora de D. Pedro Castells, Dña. Susana Castells. La sociedad Hidroflamicell, S.L. se creó en enero de 2.002 para dar continuidad a la actividad distribuidora que de forma personal ostentaba D. Pedro Castells, por parte de su sucesora Dña. Susana Castells. La contraprestación por la venta del 75% de los activos se fijó en 28.590 euros en metálico.

Con fecha 21 de marzo de 2.002, fue suscrito contrato de prórroga del plazo de compraventa de acciones de la futura Hidroflamicell, en el cual se autorizaba expresamente que la adquirente de las participaciones de Hidroflamicell, S.L., llegado el momento, fuera Endesa Red, S.A. o incluso cualquier otra empresa del Grupo Endesa.

El mencionado contrato estipula que el plazo se prorroga hasta que se obtenga la autorización de la operación por parte de las instancias de Defensa de la Competencia, así como la inscripción de Hidroflamicell en el Registro Oficial de Distribuidores del Ministerio de Economía, inscripción que se autorizó con fecha 23 de agosto de 2.002, mediante Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas.

Después de la compraventa, la estructura de propiedad de Hidroflamicell, S.L. será: 75% Endesa Red, S.A., unipersonal y 25% Dña. Susana Castells Jordana.

La empresa Hidroflamicell realiza su actividad de distribución de energía eléctrica en los municipios de Baix Pallars, Senterada y Torre de Capdella, en la provincia de Lérida.

3 APLICACIÓN DE LA LEY 16/1989 DE 17 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La operación de referencia constituye una operación de concentración en el sentido contemplado en la Ley 16/89 de Defensa de la Competencia, art. 14.2, ya que se produce una modificación en la estructura de control de Hidroflamicell, siendo esta modificación, además, de carácter estable.

Por otra parte, el artículo 14.1 de la LDC prevé la notificación obligatoria de una operación de concentración cuando como consecuencia de la misma se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional o cuando el volumen de ventas global en España del conjunto de los partícipes supere la cantidad de 40.000 millones de pesetas (240,40M€), siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 10.000 millones de pesetas (60,10M€).

La operación notificada excede el primero de los dos umbrales establecidos (artículo 14.1^a), ya que la empresa adquirente, Endesa incrementa su cuota en el mercado de distribución eléctrica a consumidores a tarifa, superior al 25% en el ámbito nacional así como en los mercados locales potencialmente afectados. Por ello es obligatoria la notificación de la operación de concentración.

Cuadro 1

Cuotas del mercado nacional de Endesa Red

Año	Cuota de mercado
1.999	40,22%
2.000	40,24%
2.001	40,55%

Fuente: Notificación

Sin embargo, los umbrales del artículo 14.1.b de la Ley 16/1989 no se superan ya que, a pesar de que el volumen de ventas global en España de las empresas que participan en la operación es superior a 40.000 millones de pesetas (240,40M€), la adquirida no obtuvo en el año 2.001 un volumen de ventas superior a 60 millones de Euros.

Cuadro 2**Volumen de ventas en España en el año 2001. En €**

Empresa	Ventas 2001
Endesa Red	4.587.514,54
Hidroflamic e	110.866,50

Fuente: Notificación

De acuerdo con los datos aportados por los notificantes, las operaciones no entran dentro del ámbito del Reglamento CEE nº 4.064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, modificado por el Reglamento (CEE) nº 1310/97, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, dado que no se alcanzan los umbrales previstos en su artículo 1.

Siendo obligatoria la notificación de la operación de concentración, y remitida al TDC por el Ministro de Economía, en aplicación de la legislación española sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas y la legislación comunitaria referente a estos aspectos preventivos del Derecho de la Competencia, al estimar si esta operación de concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados se analizan a lo largo de este informe sus efectos restrictivos, previsibles o constatados, atendiendo y considerando la delimitación y estructura del mercado relevante, así como la situación real y potencial, el poder económico y financiero de las empresas fabricantes concentradas y de sus distribuidores, las posibilidades de elección de los proveedores, distribuidores y clientes valorando el acceso a las fuentes de suministro o a los mercados y la evolución de la oferta y la demanda. De igual forma se estudia la contribución que la concentración puede aportar a la mejora de los sistemas de producción, distribución y explotación de la actividad de la distribución eléctrica, al fomento del progreso técnico o económico y a los intereses de los consumidores estudiando si estas aportaciones son suficientes para compensar los posibles efectos restrictivos sobre la competencia que se pudieran producir en mercados ascendentes, descendentes o próximos.

4 EMPRESAS PARTICIPANTES EN LA OPERACION

4.1 Empresa adquirente: ENDESA RED, S.A.U

Endesa Red, S.A. unipersonal es una sociedad controlada 100% por Endesa S.A.. A su vez, Endesa Red, S.A. es titular del 100% de las participaciones de la sociedad Endesa Distribución Eléctrica, S.L. unipersonal, sociedad beneficiaria de la operación de escisión total de las distribuidoras regionales del Grupo Endesa.

En el año 2.001, se produjeron dos importantes cambios en la estructura societaria de ENDESA: la segregación y venta de Viesgo y la integración de las compañías distribuidoras en España. Así, en 2.001 Endesa acordó la integración en una sola compañía de: Compañía Sevillana de Electricidad, Fuerzas Eléctricas de Cataluña, Termoeléctrica del Ebro, Gas y Electricidad Distribución Eléctrica, Unión Eléctrica de Canarias y Eléctricas Reunidas de Zaragoza Distribución.

A partir de ahí, el proceso de integración de la distribución supone, en una primera etapa, la creación de dos sociedades:

- La primera, con fecha 5 de abril de 2.002, denominada Endesa Distribución Eléctrica, asume las actividades reguladas de transporte y distribución de energía eléctrica, así como la comercialización a tarifa, actividades que hasta el momento estaban repartidas entre las compañías distribuidoras de ámbito territorial mencionadas. Su constitución es fruto del nuevo marco regulador, que impone la separación de actividades reguladas y liberalizadas dentro del sector eléctrico, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 y la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.
- Endesa Operaciones y Servicios Comerciales, que realiza actividades de apoyo comercial: facturación y cobro, atención telefónica...

Estas dos sociedades quedan integradas a su vez, en Endesa Distribución, cambiando el 29 de abril de 2.002, ante notario de denominación convirtiéndose en Endesa Red.

Endesa Red, S.A. tiene por objeto social:

- El estudio y planeamiento de proyectos de inversión y creación de empresas, así como la promoción y desarrollo de empresas industriales, comerciales y de servicios.
- La prestación de servicios de carácter industrial que utilicen infraestructuras físicas de carácter continuo, como servicios portadores de telecomunicaciones, agua y gas, así como los que tengan carácter preparatorio o complementario de las actividades incluidas en el objeto social.
- Prestación de servicios comerciales vinculados a suministros, compraventas y en particular, con carácter enunciativo y no limitativo, prestar servicios de medida, facturación, cobros, atención a clientes, contratación y operaciones vinculadas al cumplimiento y desarrollo comercial de los contratos.

- Prestación y/o comercialización de servicios de carácter técnico de redes o infraestructuras físicas de carácter continuo y en particular, su diseño, ejecución, operación, mantenimiento, reparación y servicios de valor añadido para la mejora de las instalaciones.
- La gestión de su Grupo empresarial, constituido con las participaciones en otras entidades.
- La titularidad y gestión de participaciones financieras en sociedades distribuidoras y/o transportistas de energía eléctrica, agua, gas y/o hidrocarburos. Endesa Red, S.A. en ningún caso desempeñará por sí actividades calificadas como reguladas por las normativas reguladoras del sector eléctrico o del sector de hidrocarburos.

Cuadro 3

Volumen de facturación de Endesa Red por municipio afectado y total España. En €

	1999	2000	2001
Torre de Capdella	27.272,93	31.999,21	43.256,80
Baix Pallars	166.921,31	183.637,97	228.755,85
Senterada	43.434,65	59.111,11	79.947,92
TOTAL ESPAÑA	4.715.157,00	4.555.906,00	4.587.514,00

Fuente: Notificación

En la Península, la facturación de Endesa Red en Kwh fue de 69.629.972.534 Kwh en 1999, 72.721.611.105 Kwh en el año 2000 y 75.719.785.073 Kwh en 2001.

4.2 Empresa Adquirida: HIDROFLAMICELL, S.L.U

La sociedad Hidroflamicell, S.L. se creó en enero de 2.002 para dar continuidad a la actividad distribuidora que de forma personal ostentaba D. Pedro Castells, por parte de su sucesora Dña. Susana Castells.

Los activos de la compañía son exclusivamente las infraestructuras de distribución eléctrica para dar servicio a 373 clientes en los Términos Municipales de Senterada, Torre de Capdella y Baix Pallars en el Pirineo de Lérida.

[...]

Desde el 23 de agosto de 2.002, por Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Economía, Hidroflamicell se encuentra inscrita en el Registro Oficial de Distribuidores con el número R1-

304, cumpliendo así con los requisitos establecidos por el artículo 37 del R.D. 1.995/2000.

La toma de energía eléctrica en los tres municipios mencionados se efectúa a través de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. En tanto que sociedad acogida a la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 54/97, del Sector Eléctrico, compra la electricidad a Endesa a tarifas de revendedor D.1, vendiéndola posteriormente a sus abonados a tarifa 2.0 (361 abonados), 6 a tarifa 3.0, y 6 a tarifa B.0.

En Torre de Capdella: la toma de energía se efectúa en un C.T. en las afueras del pueblo Pobreta de Bellveí, de 200 KVA, 25/0,38 kV, y asilamiento por aceite, de la línea de 25 kV de la antigua FECSA, actualmente Endesa Distribución Eléctrica, S.L. (póliza nº 000.411). En dicha población existe una red de distribución aérea apoyada en postes de madera, metálicos, y palomillas en fachadas de 2,1 km., con tramos de cable trenzado. El núcleo de ESTavill tiene un C.T. con una potencia de 50 KVA.

En Senterada: la toma de energía se efectúa en un C.T. en las afueras del pueblo de Senterada, de 250 KVA, 25/0,22 kV, tipo interior y aislamiento por aceite, de la línea de 25 kV. de la antigua ENHER, actualmente Endesa Distribución Eléctrica, S.L. (póliza nº 491.502). En dicha población existe una red de distribución aérea apoyada en postes demadera, metálicos, y palomillas en fachadas de 1,35 km., con tramos de cable trenzado. Los núcleos de Cadolla, Naens, Burguet, Cévoles, Llusá y Puigcerver de igual manera unidos en red, tienen unos CCTT con potencias de 50, 25, 25, 50, 25, 10 KVA respectivamente.

En T. M. Baix Pallars: la toma de energía para los núcleos de Bretui, Cabestany, Mentui y Montcortés con CCTT de potencia 20,25, 15 y 50 KVA respectivamente, se efectuaba directamente desde la red de Senterada. Actualmente está en transformación para la toma desde la línea de 25b KV: de Endesa Distribución Eléctrica, S.L. desde la población de Gerri la Sal, capital del Baix Pallars

Cuadro 4

Volumen de facturación de Hidroflamicell por municipio. En €

	1999	2000	2001
Torre de Capdella	41.783,00	35.269,76	39.783,56
Baix Pallars	16.918,17	19.333,12	10.246,40
Senterada	49.057,44	48.320,80	60.836,54
TOTAL	107.758,61	102.923,68	110.865,50
ESPAÑA			

Fuente: Notificación

Medido en Kwh, la facturación de Hidroflamicell fue de 878.980 Kwh en 1999, 846.633 Kwh en el año 2000 y 1.031.916 Kwh en el año 2001 según la notificación.

5 MERCADO RELEVANTE

La Comunicación de la Comisión relativa a la definición del mercado relevante (DO C 372/5, de 9 de diciembre de 1997), establece en su párrafo 7 que: *“El **mercado de producto** de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.”* En el párrafo 8 se establece que: *“El **mercado geográfico** de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas.”*

5.1 Mercado de producto

Las empresas a las que afecta la presente operación pertenecen al sector eléctrico. La empresa adquirente, Endesa, está integrada verticalmente y realiza todas las actividades que la Ley 54/97, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE) menciona en su artículo 1º, esto es, actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, consistentes en su generación, transporte, distribución, comercialización e intercambios intracomunitarios e internacionales. La empresa adquirida, Hidroflamicell, se dedica exclusivamente a la distribución de electricidad a clientes no cualificados o a tarifa.

De esta forma el primer mercado de producto afectado de manera inmediata por la operación es el de **Distribución de Energía Eléctrica**, mercado que ya fue analizado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en la operación C-66/01 relativo a la compra de Berrueza y otras pequeñas distribuidoras de energía eléctrica por parte de Iberdrola Redes.

Tal y como establece el art. 36 del RD 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, la Distribución es una actividad regulada que tiene por objeto principal la transmisión de energía eléctrica desde las redes de transporte

hasta los puntos de consumo en las adecuadas condiciones de calidad, así como la venta de energía eléctrica a los consumidores o distribuidores que la adquieran a tarifa. Tienen la consideración de redes de distribución aquellas instalaciones eléctricas de tensión inferior a 220 kV salvo aquellas que, de acuerdo con lo previsto en el art. 5 del RD 1955/2.000 se consideren integradas en la red de transporte.

La Ley 54/97, del Sector Eléctrico, liberaliza la distribución a través de la generalización del acceso a las redes, de manera que la eficiencia económica que se deriva de la existencia de una única red es puesta a disposición de los diferentes sujetos del sistema eléctrico y de los consumidores. No obstante, la retribución de la distribución continua siendo fijada administrativamente, evitándose así el posible abuso de las posiciones de dominio determinadas por la existencia de una única red.

Las empresas distribuidoras de energía eléctrica, además de actuar como propietarias de redes por las que han de permitir el tránsito de energía de terceros, previo pago de un peaje, también actúan en la actividad de suministro a otros distribuidores a tarifa o a los clientes finales a tarifa. Por su parte, los distribuidores están clasificados como sujetos cualificados del sistema eléctrico a efectos de la adquisición de energía, lo que supone que la pueden adquirir bien mediante su compra en el mercado mayorista a precio marginal o bien mediante contratos bilaterales físicos con los productores, así como a tarifa por parte de determinados distribuidores hasta el año 2.007.

En esta actividad los principales operadores activos en generación, están también presentes en distribución y, en algunas zonas, fundamentalmente Cataluña y Levante, existen numerosos pequeños distribuidores independientes cuyo ámbito de distribución es municipal. Estos pequeños distribuidores, alrededor de 300, son a su vez suministrados a la denominada tarifa D por alguno de los grandes distribuidores. Hidroflamicell, de acuerdo con la disposición transitoria 11ª de la LSE adquiere la energía a la tarifa D de Endesa Distribución Eléctrica y la suministra posteriormente a los consumidores no cualificados o a tarifa. Además, la Ley 54/1997 de Regulación del Sector Eléctrico garantiza, en su artículo 42, un acceso abierto y no discriminatorio a las redes de distribución mediante el pago de un canon de interconexión fijado reglamentariamente.

Por otra parte, de acuerdo con la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, la **comercialización de energía** se declara como actividad no regulada. El artículo 70 del RD 1955/2000 señala que la actividad de comercialización será desarrollada por las empresas comercializadoras debidamente autorizadas que, accediendo a las redes de transporte o distribución, tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores que tengan la

condición de cualificados y a otros sujetos cualificados según la normativa vigente. Los comercializadores suministran energía eléctrica a los consumidores cualificados o a otros comercializadores, pero no a los clientes a tarifa. En la actualidad, las empresas de distribución, en tanto que clientes cualificados, pueden adquirir energía eléctrica de tres posibles fuentes: de los generadores; del mercado organizado, solicitando después el acceso a las redes de transporte y distribución y de las empresas comercializadoras en las condiciones que pacten libremente con ellos. Las empresas distribuidoras a tarifa D suelen comprar la energía correspondiente dentro del crecimiento vegetativo de los grandes distribuidores que operan en su zona, ya que la tarifa a la que adquieren la energía, que está determinada administrativamente, es más ventajosa que la que pudieran obtener en el mercado mayorista o de empresas comercializadoras directamente. Para aquella energía demandada por encima del crecimiento vegetativo, las distribuidoras pueden adquirir el fluido eléctrico bien del mercado mayorista, bien de empresas comercializadoras.

Es en la fase de comercialización donde puede haber competencia entre los comercializadores por la captación de clientes cualificados. La actividad de comercialización a tarifa tiene un coste reconocido que depende, fundamentalmente, del número de clientes. En España, las distribuidoras han creado sus propias comercializadoras, lo que supone numerosas desventajas para los comercializadores que no tienen en su grupo empresarial distribuidora alguna.

De esta forma, y aunque la empresa Hidroflamicell no está presente en el mercado de la comercialización en la actualidad, se podría considerar en una primera aproximación que el mercado de comercialización de energía eléctrica es el segundo mercado de producto relevante afectado por la operación.

Pero entonces, por su importancia y repercusión en estos casos, se deben tener en cuenta las modificaciones que se han llevado a cabo en el marco regulador del sector. En efecto, el Real Decreto Ley 6/2000 en su artículo 19, liberaliza completamente el suministro de energía eléctrica a partir del 1 de enero de 2003, es decir, a partir de esta fecha todos los consumidores de energía eléctrica sin distinción tienen ya la condición de clientes cualificados. Además, la tarifa de Alta Tensión será eliminada en el año 2007 y, por lo tanto, es razonable pensar que, a pesar de que legalmente a partir del 1 de enero de 2003 todos los clientes son ya cualificados, los distribuidores seguirán estando activos tanto en la actividad de gestión de las redes de distribución como en el suministro de energía eléctrica a los consumidores que se mantengan en el régimen de tarifa. El Tribunal entiende, tal y como ya puso de manifiesto en el dictamen de la concentración C 60/00, que con este

adelanto del calendario de elegibilidad para todos los clientes a partir del 1 de enero del 2003 queda ya configurado un único mercado de suministro de energía eléctrica a consumidores finales, pudiendo este suministro ser acometido bien por los distribuidores, si los clientes finales deciden mantener la tarifa, bien por los comercializadores en los demás casos.

En definitiva, el TDC en su informe C-66/01 señala que el mercado de la comercialización de energía eléctrica también se ve afectado por la operación en un doble sentido: por un lado porque las empresas distribuidoras a tarifa D participan o pueden participar ya en el mercado liberalizado como demandantes de energía eléctrica para aquellas cantidades que superen el crecimiento vegetativo de su demanda. Estas cantidades pueden ser adquiridas por los distribuidores bien en el mercado mayorista, bien de otros comercializadores.

Conviene señalar también aquí que si bien, en teoría, desde el 1 de enero de este año 2.003 los consumidores ya pueden elegir entre seguir con su compañía pagando la tarifa oficial o firmar contratos libres con cualquier empresa, parece que el ejercicio real de este derecho puede tardar un poco más por causas técnicas, inerciales y normativas. No es predecible un cambio de suministrador a corto plazo por parte de la mayoría de los consumidores. Existe una gran propensión por parte de los consumidores a permanecer con su comercializador actual máxime si pertenece al mismo grupo de empresas que su distribuidor ya que considera que éste tendrá entonces un compromiso mayor de cara a la calidad y garantía del suministro. Otro factor que frena a los consumidores es el elevado coste de cambio de proveedor por los procedimientos que tendrá que seguir.

De esta forma la desaparición de Hidroflamicell sí que podría generar teóricamente una pérdida de competencia en el sector de la comercialización ya que se hace más difícil la entrada de un nuevo comercializador. Hidroflamicell, como distribuidor de energía eléctrica a tarifa podría cobrar tarifas de peaje a las posibles empresas comercializadoras que operasen en la zona. En definitiva, y de acuerdo con los precedentes recientes, los mercados de producto afectados son: la actividad de distribución en lo relativo a extensión de nuevas redes e indirectamente el mercado de la comercialización.

5.2 Mercado geográfico

De acuerdo con los precedentes establecidos por el TDC en los expedientes C-60/00y C-66/01, el ámbito geográfico es diferente en el mercado de la distribución y en el de comercialización de energía eléctrica, siendo local en el primer caso y nacional en el segundo.

La CNE ha señalado en varias ocasiones (informes preceptivos para la operación Unión FENOSA/Hidrocantábrico; Endesa/Iberdrola e Iberdrola /Berrueza), que el análisis de la delimitación del mercado relevante geográfico y de producto conduce a la consideración de mercados de carácter nacional para las actividades de transporte y distribución, teniendo en cuenta la existencia de un precio fijado administrativamente con carácter único para todo el territorio nacional, para la retribución de dichas actividades. Además toda la normativa relativa a la calidad del suministro es también homogénea a nivel nacional.

Sin embargo, las empresas distribuidoras operan en un determinado ámbito geográfico, constituyendo un monopolio natural donde los demandantes y oferentes de fluido eléctrico no tienen posibilidad de elección de distribuidor ya que la red es única en esa área, siendo la sustituibilidad entre uno y otro distribuidores nula. Como señala de nuevo el TDC en su informe C-66/01: *“La red de distribución de una zona urbana tendrá, sin lugar a dudas, un número de clientes finales conectados a las mismas mucho mayor que la de una zona rural y, por lo tanto, habrá más comercializadores interesados en suministrar energía eléctrica a esas zonas que los que demandan el acceso a las redes de distribución española de una zona rural. Por otro lado, la titularidad de la red de distribución no pertenece a un único operador. En definitiva, el mercado geográfico de referencia en el caso del suministro a consumidores finales es de ámbito regional o incluso local, ya que zonas geográficas próximas pueden presentar características de oferta y demanda muy distintas y no cabe pues, considerarlas incluidas en un mismo mercado geográfico relevante.”*

Desde este punto de vista, el ámbito geográfico relevante estaría constituido por los tres municipios en los que opera Hidroflamicell: Baix Pallars, Senterada y Torre de Capdella.

En lo que se refiere al mercado de la comercialización, los clientes cualificados de los términos municipales donde operan las distribuidoras podrían adquirir de cualquier comercializador que operase en España el fluido eléctrico, pero por el lado de la demanda la delimitación geográfica es la misma que en el caso de la distribución: aquellos términos municipales donde operan las distribuidoras de las operaciones propuestas.

No obstante, las empresas distribuidoras de energía eléctrica son en sí mismas clientes cualificados de acuerdo con el R.D. 1955/2000 y por lo tanto también ellas son o pueden ser demandantes de energía eléctrica de comercializadores o del mercado mayorista. En este sentido, el mercado

potencial en el mercado de la comercialización está definido por el territorio nacional.

6 ESTRUCTURA DEL MERCADO ELÉCTRICO

6.1 Descripción de la estructura del conjunto del mercado eléctrico.

Tal y como ya se dijo también en la concentración C-66/01, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (LSE) menciona en su art. 1º las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica distinguiendo entre generación, transporte, distribución, comercialización e intercambios intracomunitarios e internacionales.

El art. 9 de la LSE especifica quienes son los sujetos que se encargan de las actividades señaladas. Estos son, agrupados por actividades los siguientes:

- En **generación**:
 - Los Productores de energía eléctrica
 - Los Autoproductores de energía eléctrica
 - Los Importadores de energía eléctrica
- En **transporte** - Los Transportistas
- En **distribución** - Los Distribuidores
- En **venta a consumidores finales**
 - Los Distribuidores
 - Los Comercializadores
- En la **gestión económica y técnica**
 - El Operador del Mercado
 - El Operador del Sistema

El Transporte y la Distribución son actividades reguladas, pero con diferencias fundamentales. La red de transporte se opera mediante un “**gestor de la red de transporte**”, en la actualidad la empresa Red Eléctrica de España. En el caso de la Distribución, esta actividad se lleva a cabo por las empresas distribuidoras, que tradicionalmente han sido también empresas generadoras. Las distribuidoras tienen, a su vez, asignado el suministro de energía eléctrica a los consumidores finales sujetos a tarifa. Así, mientras los transportistas se centran exclusivamente en la actividad de transporte, los

distribuidores, además de actuar como propietarios de redes por las que han de permitir el tránsito de energía de terceros, también actúan en la actividad de suministro a los consumidores finales.

De acuerdo con la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, la **comercialización de energía** se declara como actividad no regulada. El artículo 70 del RD 1955/2000 señala que la actividad de comercialización será desarrollada por las empresas comercializadoras debidamente autorizadas que, accediendo a las redes de transporte o distribución, tienen como función la venta de energía eléctrica a los consumidores que tengan la condición de cualificados. Los comercializadores suministran energía eléctrica a los consumidores cualificados o a otros comercializadores y las empresas de distribución, en tanto que clientes cualificados, pueden adquirir energía eléctrica de tres posibles fuentes: de los generadores; del mercado organizado, solicitando después el acceso a las redes de transporte y distribución y de las empresas comercializadoras en las condiciones que pacten libremente con ellos.

6.2 La actividad de distribución: regulación y ámbito posible de competencia

Se señalaba así mismo que la actividad de distribución, al igual que la de transporte, es una actividad considerada en la exposición de motivos de la Ley 54/97 como un monopolio natural y, por lo tanto, también se regula el acceso de terceros a la red. Los distribuidores son los encargados de suministrar la energía eléctrica a todos aquellos consumidores que están sujetos a las tarifas fijadas por la Administración. En esta actividad los cuatro operadores activos en generación, están presentes en distribución y, en zonas como Cataluña y Levante, existen numerosos pequeños distribuidores cuyo ámbito de distribución es exclusivamente municipal. Estos pequeños distribuidores son, a su vez, suministrados por alguno de los cuatro grandes distribuidores, estando regulada su tarifa por la Administración.

En la actividad de distribución no cabe competencia una vez que un distribuidor conecta físicamente a un consumidor con su red, ahora bien, sí cabe esta competencia entre distribuidores por la captura de clientes, como lo demuestran los expedientes sancionadores que este Tribunal ha resuelto³. Así, en zonas de expansión tales como nuevos polígonos industriales, nuevas zonas urbanizadas, nuevos centros comerciales, etc. podrían competir distintos distribuidores para tender las redes necesarias. El interés de un distribuidor por tender nuevas redes está, no tanto en captar ingresos por peaje como en ingresos por suministro a clientes a tarifa y, además, asegurarse un acceso privilegiado como comercializador a los posibles clientes cualificados.

³ Expediente 427/98 Electra Caldense, Resolución de 19.2.1999 y Expediente 431/98 Eléctrica Curós, Resolución de 5.5.1999.

La cartera de clientes de los distintos distribuidores puede ser cualitativamente muy diferente condicionada, principalmente, por su presencia en zonas industriales frente a residenciales o en zonas rurales frente a urbanas, por lo que su cuota de mercado podría diferir sensiblemente según la variable medida.

Además hay que tener en cuenta que la presencia de un distribuidor en una zona dificulta la entrada de uno nuevo, ya que éste último requerirá, con mucha frecuencia, el permiso del distribuidor ya instalado para conectarse a sus redes. Lógicamente el ya instalado tendrá incentivos a demorar la presencia de un nuevo distribuidor en “su” zona, cuando no a evitarla. Estas características en la distribución contribuyen a perpetuar los monopolios zonales que crean las redes de distribución.

6.3 Mapa de las actividades de distribución y comercialización. Diferentes cuadros descriptivos.

El sector eléctrico ha sido analizado exhaustivamente en varios expedientes de concentración por este Tribunal y a ellos nos remitimos en cuanto a los cuadros y tablas descriptivos de la situación de los principales operadores en competencia. Expresamos ahora únicamente aquellos datos que pueden servir al análisis de esta concreta operación de concentración.

Cuadro 5		
Abonados y energía distribuida a tarifa por ENDESA RED en Lleida		
	TARIFA INTEGRAL FECSA-ENHER	
	Abonados (Nº)	Energía distribuida (MWh)
Consumidores	[...]	[...]
Distribuidores	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

Fuente: Expediente de notificación de la operación de concentración

Cuadro 6			
Cuotas de distribución en el año 2001. En porcentaje.			
	MERCADOS LOCALES		
	Torre de Capdella	Senterada	Baix Pallars
HIDROFLAMICE	59	97,2	15,17
LL			
ENDESA RED	41	2,98	84,83
TOTAL	100	100	100

Fuente: Expediente de notificación de la operación de concentración

Cuadro 7					
Actividad de distribución de HIDROFLAMICELL. Año 2001					
Nº Clientes	Potencia Contratada (KW)	Energía distribuida (KWh)	Provincia donde distribuye	Tarifa a la que adquiere energía	Instalaciones para el suministro de sus clientes
373	9.525	838.653	Lleida	D.1	* 3,45 km línea BT * 13 centros de transformación MT/BT

Fuente: CNE

7 BARRERAS DE ENTRADA

Con carácter teórico general y como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en numerosas ocasiones, la función de los órganos de defensa de la competencia en materia de concentraciones económicas consiste en prevenir aquellos cambios estructurales que afecten significativamente a una competencia efectiva en los mercados. Los cambios estructurales no tendrán relevancia si la entrada en el mercado considerado resulta tan fácil que los agentes participantes en el mismo, de forma colectiva o unilateral, no pueden beneficiarse del mantenimiento de precios altos. Se hace, así, necesario analizar en qué medida la entrada puede tener lugar en un período corto de tiempo, y si es probable y suficiente, es decir si el mercado es contestable, ya que, sólo en ese caso, la reducción de la competencia provocada por una concentración podría ser restablecida por el propio funcionamiento del mercado.

El Tribunal realizó un análisis exhaustivo y detallado de las diferentes barreras de entrada que existen en los distintos mercados del sector eléctrico español con ocasión del expediente C54/00 y en el informe C66/01 circunscribió este mismo análisis para los mercados de distribución y comercialización de energía eléctrica con carácter general. Allí se decía que había diferentes tipos de barreras de entrada tales como las siguientes:

7.1 Riesgo Regulatorio

El Tribunal ya señaló entonces las incertidumbres introducidas por el riesgo regulatorio proveniente tanto de las carencias como de la incapacidad de predecir los cambios normativos, aspecto este último reiterado por la CNE en su informe sobre la operación C 60/00 ENDESA/ IBERDROLA y, también la CNE, llamó la atención sobre la importancia de que la Administración fuese

ágil en la detección y posterior corrección de determinada normativa que envía señales inadecuadas que inducen a comportamientos ineficientes.

Se paliaron en parte las carencias regulatorias en determinados aspectos con la aprobación del Real Decreto 1955/2000 por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimiento de autorización de energía eléctrica, pero persisten algunas incertidumbres en cuanto a la claridad y los efectos de la regulación que dan lugar a riesgos que cobran más importancia en el contexto actual de liberalización desde el pasado 1 de enero del año 2.003. Incertidumbres regulatorias de cara al futuro no harían sino favorecer a las grandes empresas del sector ya que la percepción y sensibilidad al riesgo son radicalmente diferentes para las empresas en función de su tamaño y de su capacidad de absorción de modificaciones drásticas de la normativa.

7.2 Excesivo grado de concentración

También señaló que el sector eléctrico español se caracteriza por un elevado grado de concentración y en los dictámenes C 54/00 y C60/00 este Tribunal ya puso de manifiesto la necesidad de establecer limitaciones al grado de concentración existentes en las distintas actividades reguladas en la LSE, tales como la generación de electricidad y la conveniencia de reducir o limitar el grado de concentración en la actividad de distribución, que constituye en sí misma, como ya se ha dicho, un monopolio natural, y que sigue estando controlada por las grandes operadoras del sistema.

En este sentido también se decía que ese era el espíritu del R.D. 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, que establece topes al aumento de la concentración existente a los grandes operadores energéticos y que el artículo 16 del citado Real Decreto señala que *“los productores de energía eléctrica cuya potencia eléctrica instalada en régimen ordinario en todo el territorio peninsular, a la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, exceda del 40% del total, no podrán incrementar la potencia instalada durante un plazo de cinco años. Si la participación en dicha potencia instalada es inferior al 40% pero superior al 20%, el plazo será de tres años...”* Se recordaba entonces que tal y como el Consejo de Ministros reconoce en la exposición de motivos del Real Decreto, se intenta incidir con estas disposiciones *“en aquellos aspectos que dificultan o retrasan la competencia efectiva y dando una mayor transparencia que permita al consumidor tomar decisiones con un adecuado nivel de información.”*

Por ello convenía, con carácter general y salvaguardando excepciones razonadas, establecer limitaciones al actual nivel de concentración existente

en el sector energético ya que la presencia de un distribuidor en una zona dificulta la entrada de uno nuevo, ya que este último requerirá, con mucha frecuencia el permiso del distribuidor ya instalado para conectarse a sus redes.

7.3 Integración vertical

También se señalaba que si bien la Ley 54/97 del Sector Eléctrico obliga a las empresas a separar jurídicamente las actividades reguladas (transporte y distribución) de las no reguladas, sin embargo, las empresas pueden seguir perteneciendo al mismo grupo empresarial de forma que puede decirse que existe una elevada integración vertical “de facto” en el sector eléctrico español. De hecho las cuotas de mercado de cada una de las grandes eléctricas en distribución son muy similares a las que mantienen en producción. La comercialización muestra también una estructura empresarial similar a la de distribución, así como la prácticamente irrelevante participación de los nuevos operadores, si bien dicha participación empieza a ser más significativa.

También se decía como principio general que en el suministro de energía eléctrica, como en el de cualquier otro bien o servicio, cada fase de producción o actividad, debe ser remunerada por el valor añadido que genera y que, por lo tanto, cuando los agentes que participan en cada una de estas fases son independientes de los que participan en las demás fases, será el mercado el encargado de fijar los márgenes que retribuyen cada actividad. Sin embargo, cuando los mismos agentes participan en todas las fases, les será indiferente percibir el margen total a través de una sola actividad o percibirlo de forma separada. Pero cuando existen además otros agentes que sólo participan en alguna de las fases, las empresas integradas verticalmente pueden decidir concentrar el cobro de los márgenes en las actividades en las que no tienen competencia y anular el margen en las actividades en las que aparece algún competidor, deprimiendo los precios y provocando la retirada del nuevo entrante. Para evitar este comportamiento anticompetitivo, se reguló la denominada separación jurídica de actividades que, sin embargo, como hemos visto permite que las distintas sociedades jurídicas permanezcan en el mismo grupo.

Otra consecuencia -que ya se señaló también entonces- de esta integración vertical “de facto” es el problema de información asimétrica a la que se enfrentan los potenciales entrantes. Las distribuidoras existentes disponen no sólo de información sobre las cantidades consumidas por cada uno de los clientes sino que disponen además de las curvas de demanda de cada uno de ellos, información que podría ser utilizada por la comercializadora del

grupo, otorgándole así una clara ventaja competitiva a la hora de diseñarles un contrato a la medida.

Sin embargo, respecto al posible uso privilegiado que la empresa comercializadora haga de la información obtenida de la empresa distribuidora de su mismo grupo empresarial, hay que tener en cuenta que con posterioridad al Informe C 66/00 se ha aprobado el R D-Ley 6/2000, de 23 de julio, que facilita la transparencia de información sobre consumidores cualificados para que todos los agentes puedan disponer de la misma - salvaguardando, en todo caso, el derecho a mantener la confidencialidad de sus datos-, estableciendo la obligación de publicidad de información por el Operador del Sistema y el Operador del Mercado. Hoy, por tanto, esta barrera ha quedado muy diluida.

Así, siguiendo las recomendaciones de la CNE, el art. 20 de dicha norma establece que *“4. Las empresas distribuidoras deberán llevar un listado detallado de los consumidores que hayan solicitado la certificación a que se hace referencia en el apartado anterior, diferenciando entre los que hayan ejercido su condición de cualificados de los que no lo hayan ejercido. El listado será remitido anualmente a la Dirección General de Política Energética y Minas con los datos que se incluyen en las citadas certificaciones, comunicando con carácter mensual las altas y bajas que se produzcan, así como las modificaciones relativas a los cambios que se produzcan en la tarifa de acceso y, en su caso, en la tarifa de suministro. Asimismo, remitirán mensualmente los datos agregados por niveles de tensión de los consumidores cualificados con indicación de potencia y energía, en unidades físicas y pesetas. Dicha información podrá remitirse por sistema telemático. 5. La Dirección General de Política Energética y Minas dará publicidad de los datos relativos a aquellos consumidores cualificados que le hayan autorizado mediante comunicación fehaciente a la citada Dirección General.”*

Además y tal como se indica en las alegaciones de Endesa, según el art. 7 del proyecto de Real Decreto sobre las medidas básicas para hacer posible la plena liberalización del suministro eléctrico el 1 de enero de 2003, las empresas comercializadoras podrán acceder a los datos del registro permanentemente actualizado que lleve la empresa distribuidora, que incluirá, entre otros, los siguientes datos: perfil de consumo, potencias contratadas, consumo del último año natural (por discriminación horaria y por meses), tensión de suministro, tarifa en vigor (de suministro o de acceso), ubicación del punto de suministro, potencia máxima autorizada, fecha del último movimiento de contratación, tipo de equipo de medida, derechos de extensión reconocidos, etc. Es decir, la empresa comercializadora tiene reglamentariamente reconocido el acceso a una información -accesible de

forma informática- completa y actualizada sobre los consumidores y su consumo.

Adicionalmente, el proyecto de Real Decreto sobre las medidas básicas para hacer posible la plena liberalización del suministro eléctrico el 1 de enero de 2003, establece en su Preámbulo que *“resulta evidente que un incremento tan importante en la liberalización del suministro eléctrico, permitiendo que todos los consumidores de energía eléctrica puedan escoger suministrador, sólo es posible si se basa en sistemas que garanticen la adecuada protección del consumidor, minimicen la carga de trabajo de éste, estandaricen la información a transmitir y los medios por los que se remite y asignen adecuadamente los costes que ocasionen los suministros.”* Prueba de este interés en proteger a los consumidores es que la modificación de modalidad de contratación se estandariza mediante unos procedimientos desarrollados por la Dirección General de Política Energética y Minas, a propuesta de la CNE (art. 8.2 del proyecto), generalizándose el uso de sistemas informáticos y telemáticos (arts. 8.3 y 8.4), obligándose la empresa distribuidora a realizar el cambio en el plazo de cinco días (art. 8.1).

8 EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA. Aplicación de los principios generales anteriores al caso concreto de Hidroflamicell

Tras la exposición de los anteriores criterios generales, procede ahora realizar su aplicación al proyecto de operación de concentración objeto de este informe. Así, tomando en consideración las circunstancias del caso y para situar en su contexto la afectación teóricamente posible a la competencia de esta operación, lo cual es imprescindible para poder analizar y dictaminar acertadamente sobre lo que se dilucida en este informe, conviene no olvidar que el objeto de este expediente se refiere a la adquisición del 75% de las acciones de la empresa HIDROFLAMICELL, S.L. por parte de ENDESA RED perteneciente al Grupo Endesa en tanto en cuanto pudiese obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado nacional y que la sociedad Hidroflamicell, S.L. se creó en enero de 2.002 para dar continuidad a la actividad distribuidora que de forma personal ostentaba D. Pedro Castells, por parte de su sucesora Dña. Susana Castells, siendo fijada la contraprestación por la venta del 75% de los activos en 28.590 euros en metálico.

Una primera consideración que es necesario entonces hacer es la de ser conscientes de que las razones y decisiones para impedir tales acuerdos transaccionales en base a consideraciones de interés público económico en aplicación de la legislación sobre competencia, deben estar proporcionadas a lo que se trata de dilucidar. La libertad de contratación, como manifestación

de la libertad de empresa, debe seguir siendo la norma tal y como el TDC así como el TJCE ha manifestado en numerosas ocasiones.

Hidroflamicell, S.L. tiene unas cuotas de distribución de 0,01648 % en Lleida y de 0,0027 % en Cataluña. Los activos de la compañía son exclusivamente las infraestructuras de distribución eléctrica para dar servicio a 373 clientes en núcleos diseminados de los Términos Municipales de Senterada, Torre de Capdella y Baix Pallars en el Pirineo de Lleida.

Es evidente que resulta pertinente al caso aplicar la doctrina denominada de las "**circunstancias económicas**", que tan reiteradamente han proclamado el Tribunal de Justicia Europeo y el Tribunal de Primera Instancia, según la cual la aplicación de las normas de competencia exige una apreciación de las decisiones y operaciones, no sólo en función de su naturaleza jurídica, sino también de su contexto y de sus consecuencias económicas Tomando en consideración el contexto, la proporcionalidad y las circunstancias del caso, bien se pueden aplicar ahora lo que el TDC ya dijo con carácter general en la Resolución de 8 de junio de 1999 (Expte. R 354/99 Videocub) cuando para recalcar lo adecuado de no entrometerse en efectos poco significativos para la libre competencia se insistía en *“la consideración de la irrelevancia a efectos de transgresión de la LDC, en cuanto a los daños menudos o de escasa importancia y la de la recomendación de no pleitear por cualquier injusticia o agravio. Este último es el sentido también del apartado 3 del artículo 1 de la LDC según la corrección establecida por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y el RDL 7/1996, de 7 de junio (BOE de 8 de junio de 1996), cuya clara finalidad es la de evitar que se sobrecargase a los órganos de defensa de la competencia de expedientes de escaso significado económico, tal y como se explica también en la reciente Resolución de 4 de mayo de 1999 del Tribunal.* De hecho, el Servicio de Defensa de la Competencia ya actuó en este sentido cuando aprobó algunas operaciones de concentración de escaso significado en este mismo sector como, por ejemplo, cuando Iberdrola Redes adquirió durante el año 2.000 dos empresas distribuidoras, Hidroeléctrica San Cipriano de Rueda S.A. y Herederos de María Alonso Calzada-Venta de Baños y como hace habitualmente en muchas otras de otros sectores cuando, además, la consolidación del mercado único europeo incentiva operaciones concentrativas en todos los ámbitos de la actividad económica.

En la evaluación de las operaciones de concentración sólo se deben poner en tela de juicio y sospechar de aquellas que puedan suponer un obstáculo significativo para la competencia efectiva atendiendo al factor de proporcionalidad. Tanto en la legislación española como en la europea, los criterios que se deben seguir para determinar si una concentración crea o refuerza una posición dominante al suponer un obstáculo significativo para la

competencia efectiva no se limitan al cálculo de estrictas cuotas de mercado, sino que, a la hora de evaluar, se está obligado a tener en cuenta una serie de factores tales como la competencia efectiva actual o potencial de las empresas, la evolución del progreso técnico o económico previsible, el interés de los consumidores tanto en lo que respecta a los precios como en cuanto a calidad y (en este caso especialmente) como en seguridad de que no faltará el suministro, las barreras a la entrada de los competidores,...etc.

Con la posible adquisición de Hidroflamicell por una sociedad del Grupo Endesa. o por cualquiera de los otros tres principales grupos del sector –si ese fuese el caso- difícilmente se va a crear o reforzar una posición dominante ni en el “mercado” de la distribución -en el caso que se pudiera hablar propiamente de mercado- ni mucho menos en el mercado de la comercialización donde Hidroflamicell ni siquiera actúa. Además, la legislación española no habla de la creación o el reforzamiento de una posición de dominio como en otras legislaciones sino, como se ha dicho, de obstáculos **significativos** para la competencia **efectiva**.

Los principales competidores de Endesa en todos los mercados de ámbito nacional son Iberdrola, Unión Fenosa e Hidrocantábrico que, dada la integración vertical existente en todas ellas, actúan y tienen importantes activos tanto en los mercados de generación y comercialización como en el transporte y el tendido de las redes de alta tensión (mucho menos por estar en manos de Red Eléctrica una gran parte) así como en la distribución que trata de extender la red reticular por toda España al servicio de los usuarios finales. Para sopesar la entidad y características de tales competidores del mercado nacional basta con remitirse a los informes de este Tribunal en las fusiones Endesa/Iberdrola y en Unión Fenosa/Hidrocantábrico.

Si consideramos este contexto económico, regulatorio y tecnológico donde nos encontramos en este principio del año 2003 en España y en Europa, no es difícil darse cuenta de la falta de proporción de esta operación respecto a los verdaderos problemas de competencia que aún siguen existiendo en el sector. La operación propuesta por Endesa Redes, afecta únicamente a una pequeñísima empresa con 373 clientes en tres pequeñas poblaciones del Pirineo leridano y sin personal contratado y que nunca ha sido comercializadora. Si, además, en las concentraciones C54/00 y C60/00 se afirmaba claramente que la red de distribución es en sí misma un monopolio natural es lógico concluir que dado el tamaño y capacidad técnica del operador adquirido no es factible pensar que el mismo sea candidato a participar en la “contienda” por el trazado de nuevas redes a lo largo del territorio español.

En este mismo sentido se manifestaba la Comisión Nacional de la Energía en el informe aprobado el 12 de diciembre de 2002 cuando señala:

“La operación notificada por ENDESA RED produce un incremento en la cuota de mercado en el ámbito nacional muy reducido e inapreciable cuantitativamente, ya que la cuota de mercado de distribución de HIDROFLAMICELL no es en absoluto significativa en el mercado nacional.

Aunque la valoración de la operación se hiciera considerando los mercados relevantes geográficos de escala regional o local, los incrementos de la cuota de distribución son muy reducidos.

En el ámbito regional, la cuota de distribución de HIDROFLAMICELL en la provincia de Lleida apenas es representativa ya que supone tan sólo el 0,01648 por ciento del total. En Cataluña la cuota de HIDROFLAMICELL representa el 0,0027 por ciento.

A la vista de estos datos, se puede afirmar que el impacto de la operación de concentración en la provincia de Lleida y, en general, en la Comunidad de Cataluña, tampoco es significativo.

Si se desciende al ámbito local, la operación afecta a la distribución de energía eléctrica en tres municipios situados en la provincia de Lleida: Torre de Capdella, Senterada y Baix Pallars. En estas tres localidades el mercado de distribución se reparte exclusivamente entre HIDROFLAMICELL y ENDESA RED, por lo tanto la operación notificada supondría que ENDESA RED sería el único distribuidor en estos tres municipios. Sin embargo, esta circunstancia no tiene, a juicio de esta Comisión, efecto alguno en el desarrollo de la competencia en los mercados relevantes de producto y geográfico definidos anteriormente

En resumen, la operación apenas tendría efectos sobre el mercado de distribución nacional, que es el mercado relevante definido.”

Aplicando también estos razonamientos al caso que nos ocupa, tenemos que la desaparición de Hidroflamicell como distribuidor independiente en los municipios de Baix Pallars, Senterada y Torre de Capdella, de la provincia de Lérida, no tendría de por sí efectos sobre la competencia efectiva en el mercado. En definitiva no parece que la operación de referencia pueda producir una reducción sustancial de la competencia efectiva en el mercado de distribución eléctrica. Sólo cabría entonces, si acaso, examinar la posibilidad de que la operación dañase la competencia de los suministradores por el tendido de nuevas redes. No obstante, no parece una posibilidad real o

inmediata la de tendido de nuevas redes en unos municipios tan pequeños y aislados del Pirineo.

Incluso cabe añadir que con carácter general, en todo el ámbito nacional, los competidores potenciales en comercialización, una vez alcanzada ya la fecha del 1 de enero de 2003 a partir de la cual todos los consumidores de energía eléctrica sin distinción tienen ya la condición de clientes cualificados, acabarán abarcando un abanico amplio de empresas, algunas de ellas de considerable envergadura también, y con experiencia y práctica comercial, que, incluso, no tienen por qué pertenecer al actual sector eléctrico. Además de las eléctricas, cabe pensar que tanto empresas del sector del gas, del sector de la distribución comercial o del sector de las telecomunicaciones, por ejemplo, participarán en la captación de carteras de clientes de energía eléctrica ampliando su cartera de productos ofrecidos a un mismo usuario.

Es en este marco regulatorio donde son perfectamente comprensibles los temores de este tipo de pequeñas empresas como Hidroflamicell al señalar que las fluctuaciones de sus ingresos introducen una variable de incertidumbre que les hace temer por la viabilidad de sus proyectos a medio y largo plazo si no se incorporan a una unidad de negocio de mayor dimensión. Hidroflamicell tiene unas peculiaridades muy concretas que hacen que en modo alguno pueda influir significativamente sobre la competencia efectiva en la comercialización.

Se puede concluir, en definitiva, que, si es patente la muy escasa afectación a la competencia en la distribución, tampoco es afectada significativamente la competencia en el ámbito de la comercialización.

9 EFECTOS COMPENSATORIOS DE LAS RESTRICCIONES A LA COMPETENCIA

El artículo 16 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia señala que ***"El Tribunal podrá considerar, asimismo, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia"***

Es en el ámbito de este artículo 16 donde cobran relieve las consideraciones realizadas por la notificante en el sentido de asegurar que las tres operaciones contribuirán a mejorar el servicio prestado a los clientes, ya que, Endesa Redes procederá a renovar las instalaciones, aumentando su

capacidad de transporte, así como que se procederá a realizar nuevas inversiones para atender a nuevos suministros. Así, Endesa Red tanto en la notificación como en los escritos de alegaciones enviados con posterioridad esgrime una serie de efectos positivos que podrían tener lugar en el sector de la distribución, como consecuencia de la operación de concentración. En concreto señala el aumento en la calidad y eficiencia en los servicios prestados por las distribuidoras en las zonas de distribución de Hidroflamicell por la aportación del “know how” de Endesa Red así como su contribución a la necesidad de adecuación de las infraestructuras existentes con inversiones que según Endesa serían difícilmente recuperables por Hidroflamicell en la actual situación; menores costes de operación, mantenimiento y aprovisionamientos que la actual empresa ve difícil llevar cabo y que, sin embargo, la integración de las empresas dentro de un grupo de mayor envergadura permitirá la reducción de costes en distintos capítulos, como son el de aprovisionamientos de materiales y servicios contratados, donde el ahorro puede alcanzar el 30%.

Además, el riesgo regulador desincentiva a las empresas de reducida dimensión a realizar nuevas inversiones de mantenimiento cabal, mejoras cualitativas de las redes y acometidas e investigación y desarrollo tecnológico. Tampoco son descartables, si no se realizan estas operaciones, riesgos de reducción de la calidad y eficiencia si se introducen zonas discontinuas donde conviven distintos distribuidores al multiplicarse el número de interconexiones entre zonas y al aumentarse el coste del servicio, por falta de estandarización de tensiones y equipos; por la inadecuada gestión de las brigadas de mantenimiento y los mayores costes de aprovisionamiento de los distintos distribuidores. En producciones donde se producen monopolios naturales el aprovechamiento de las economías de escala resulta ser un aspecto crucial a considerar.

Todo ello explica la existencia de un amplio apoyo institucional y empresarial, incluidas empresas competidoras, tanto establecidas como nuevas entrantes. Efectivamente, a pesar de la amplia audiencia concedida (organizaciones de consumidores, Unión Fenosa, Iberdrola, Hidrocantábrico, Gas Natural, UNESA, CNE, OMEL, Generalidad de Cataluña, y múltiples pequeños distribuidores catalanes), no ha habido oposición a la operación. En particular, cabe destacar la Resolución del Parlamento de Cataluña 284/VI, publicada el 23 de noviembre de 2000, por la que se insta al Gobierno de la Generalidad a realizar las oportunas gestiones para resolver los defectos en el suministro eléctrico en núcleos del Pirineo. También cabe resaltar en este sentido la alegación final de Peusa, Productora Eléctrica Urgelense, que señala: *“téngase en cuenta al respecto que la operación analizada no supone la fusión por absorción de la empresas Hidroflamicell, sino la toma de control de la misma mediante la adquisición del setenta y cinco por ciento de las*

acciones de la misma, lo que evidencia la voluntad de la empresa de no desaparecer, sino de integrarse en una estructura mayor y sólida que garantice la continuidad de la empresa en el sector.”

Por todo ello, el Tribunal entiende que procede la no oposición a esta concreta operación de concentración de empresas ya que considera, además de lo expresado en el apartado número 8, que la aportación de efectos beneficiosos para la competencia y los consumidores es suficiente para compensar posibles efectos restrictivos que teóricamente se pudieran producir.

10 CONCLUSIONES

PRIMERA.- El objeto de este expediente se refiere a la adquisición del 75% de las acciones de la empresa HIDROFLAMICELL, S.L. por parte de ENDESA RED perteneciente al Grupo Endesa en tanto en cuanto pudiese obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado nacional. La sociedad Hidroflamicell, S.L. se creó en enero de 2.002 para dar continuidad a la actividad distribuidora que de forma personal ostentaba D. Pedro Castells, por parte de su sucesora Dña. Susana Castells, siendo fijada la contraprestación por la venta del 75% de los activos en 28.590 euros en metálico.

SEGUNDA.- El artículo 14.1 de la LDC prevé la notificación obligatoria de una operación de concentración cuando como consecuencia de la misma se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 25% del mercado nacional. Puesto que la empresa adquirente, Endesa incrementa su cuota en el mercado de distribución eléctrica a consumidores a tarifa, superior al 25% en el ámbito nacional así como en los mercados locales potencialmente afectados es obligatoria la notificación de esta operación de concentración.

TERCERA.- En las alegaciones recibidas ningún competidor ni institución ni asociación se opone a la operación de concentración y la Comisión Nacional de la Energía concluye su informe diciendo que, *en definitiva, la operación de concentración no daría lugar a una modificación estructural que pueda obstaculizar el ejercicio de la competencia efectiva, ya que no se produce un incremento relevante en el grado de concentración existente en la actividad de distribución.*

CUARTA.- Tanto en cuanto a la definición de los mercados relevantes de producto y geográfico como en lo que se refiere a la estructura general del mercado eléctrico y las barreras de entrada que pudieran

afectar a la competencia en dichos mercados son actualmente teóricamente aplicables a este caso los análisis que el Tribunal efectuó en la concentración C66/01 Iberdrola/Berrueza y otras, aunque con algunas matizaciones entre las que cabe destacar, fundamentalmente, el hecho del adelanto de la fecha de plena liberalización al pasado 1 de enero de 2003.

QUINTA.- Sin embargo, los argumentos para impedir operaciones de concentración en base a consideraciones de interés público económico en aplicación de la legislación sobre competencia, deben estar proporcionadas a lo que se trata de dilucidar. En la evaluación de las operaciones de concentración sólo se deben poner en tela de juicio y sospechar de aquellas que puedan suponer un obstáculo significativo para la competencia efectiva atendiendo al factor de proporcionalidad.

SEXTA.- Resulta pertinente al caso aplicar la doctrina denominada de las "**circunstancias económicas**", que tan reiteradamente han proclamado el Tribunal de Justicia Europeo y el Tribunal de Primera Instancia, según la cual la aplicación de las normas de competencia exige una apreciación de las decisiones y operaciones, no sólo en función de su naturaleza jurídica, sino también de su contexto y de sus consecuencias económicas

SÉPTIMA.- Si consideramos este contexto económico, regulatorio y tecnológico donde nos encontramos en este principio del año 2003 en España y en Europa, resulta evidente la falta de proporción de esta operación respecto a los verdaderos problemas de competencia que aún siguen existiendo en el sector eléctrico. La operación propuesta por Endesa Redes, afecta únicamente a una muy pequeña empresa con 373 clientes en tres pequeñas poblaciones del Pirineo leridano y sin personal contratado y que nunca ha sido comercializadora por lo que el Tribunal considera que, en este caso, es patente la muy escasa afectación a la competencia en la distribución y que tampoco es afectada significativamente la competencia en el ámbito de la comercialización. En cualquier caso, la aportación de efectos beneficiosos para la competencia y los consumidores es suficiente también para compensar posibles efectos restrictivos que teóricamente se pudieran producir.

Por cuanto antecede, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su sesión plenaria de 9 de enero del año 2003, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 17 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio, ha acordado remitir al Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía, para su elevación al Gobierno, el siguiente

DICTAMEN

El Tribunal de Defensa de la Competencia, una vez estimados los efectos que podría causar sobre la competencia la concentración económica objeto del presente Informe, considera que resulta adecuado declarar procedente la operación notificada.

Madrid, 14 de enero de 2003

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULAN LOS SEÑORES CASTAÑEDA, COMENGE Y MARTÍNEZ ARÉVALO

Lamentamos discrepar del Informe aprobado por la mayoría del Tribunal sobre la operación de concentración ENDESA / HIDROFLAMICELL porque se separa radicalmente de los principios establecidos por el propio Tribunal en el informe de 23 de noviembre de 2001, referido a la operación de concentración IBERDROLA / BERRUEZA cuyas circunstancias económicas eran, en lo esencial, idénticas a las de la operación actual.

En efecto, la sexta Conclusión del informe C66/01 IBERDROLA / BERRUEZA establecía que *“El Tribunal considera que ninguno de los cuatro operadores que a través de la integración vertical operan en todas las actividades del sistema eléctrico, debería tener acceso a la propiedad de estas distribuidoras a tarifa D ya que, en la medida en que las fuerzas de la demanda y de la oferta sean más independientes y con intereses contrapuestos, mejorará la transparencia y se favorecerá un funcionamiento más adecuado del sistema de precios.- A este respecto, y salvando las diferencias existentes entre el sector eléctrico y el sector del gas, este Tribunal señaló en el informe C 38/99 ENDESA / GAS NATURAL, referido también a incrementos marginales de la cuota de mercado de la empresa dominante en el sector de la distribución, que “es deber de la Administración evitar que desaparezcan los actualmente escasos reductos de competencia efectiva y potencial en el mercado”.*

Por el contrario, en el presente informe, en la página 31, se llega a una conclusión distinta: *“Con la posible adquisición de Hidroflamicell por una sociedad del Grupo Endesa, o por cualquiera de los otros tres principales grupos del sector –si ese fuese el caso- difícilmente se va a crear o reforzar una posición dominante ni en el “mercado” de la distribución –en el caso que se pudiera hablar propiamente de mercado- ni mucho menos en el mercado de la comercialización donde Hidroflamicell ni siquiera actúa. Además, la legislación española no habla de la creación o el reforzamiento de una*

*posición de dominio como en otras legislaciones sino, como se ha dicho, de obstáculos **significativos** para la competencia **efectiva**.”*

Los argumentos para este cambio de posición son, en opinión de los firmantes, improcedentes y carentes de la visión de conjunto del sector eléctrico en la que se apoyaba el informe anteriormente citado C66/01.

Se invoca *la libertad de contratación, como manifestación de libre empresa*, obviando que la Ley de Defensa de la Competencia trata precisamente de garantizar la libre empresa mediante la represión de conductas anticompetitivas y el control de las concentraciones que pueden impedir, de forma irreversible, que exista libertad en el mercado.

Se apela a la doctrina de las *circunstancias económicas*, que exige, en la aplicación de las normas de competencia, la apreciación del contexto y de sus consecuencias económicas. Tal apreciación es, justamente, la que se realizaba en el informe IBERDROLA/BERRUEZA en el que se partía de la consideración de la precariedad de la competencia existente en el mercado de la electricidad, caracterizado por elevados índices de concentración y por la identidad de compradores y vendedores en el *pool*, señalando que la participación en la comercialización de las empresas no integradas no alcanzaba el 1,78 % en el año 2000, tras cuatro años de intentos de penetración en este mercado liberalizado.

En este contexto, las 300 empresas distribuidoras a tarifa D, con un 3,38 % de la distribución total, representan hoy la única competencia potencial en el mercado de la comercialización ya que sus clientes actuales y los que procedan de aumentos superiores al crecimiento vegetativo resultarán más fácilmente accesibles para los comercializadores independientes que aquéllos que se encuentran en las grandes zonas de distribución de los cuatro grandes operadores presentes en todas las fases de generación, transporte y distribución y comercialización de energía eléctrica. La consecuencia económica de este tipo de operaciones es, pues, la reducción adicional de la competencia en el mercado de la electricidad.

Con respecto al *principio de proporcionalidad*, que se invoca en el cuerpo del informe y en las conclusiones, sólo puede sostenerse si se abandona la óptica mantenida en el informe IBERDROLA / BERRUEZA de considerar a las trescientas empresas que distribuyen electricidad a tarifa D como un conjunto de empresas independientes, que rompen la uniformidad de las grandes zonas dominadas por los cuatro operadores integrados verticalmente y que, por ello, deben ser inaccesibles a este tipo de absorciones.

Por lo que se refiere a los efectos compensatorios de las restricciones a la competencia que la operación produce, alegados por los notificantes, son aceptados por el Tribunal sin contrastar y sin considerar que, de ser ciertos los ahorros en costes que se alegan (¡hasta el 30% en algunos capítulos!), difícilmente se trasladarán al consumidor.

El único efecto compensatorio que beneficiaría al sistema eléctrico en su conjunto sería la integración de la empresa adquirida al régimen general, con renuncia a la tarifa D, cuya aplicación a las grandes empresas del sector carece de sentido. Sin embargo, ENDESA no va a prescindir en esta operación de las ventajas de que gozan los distribuidores D.

Por todo ello, creemos que el Tribunal debería haber propuesto al Gobierno que declarase la operación improcedente, tal como hizo en la operación IBERDOLA / BERRUEZA, con aceptación de la propuesta por el Gobierno en su decisión final.