

EL PAPEL DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL CASO ENDESA-IBERDROLA

**Gonzalo Solana
Presidente
Tribunal de Defensa de la Competencia**

1. Palabras de bienvenida

Antes de iniciar mi intervención quisiera agradecer a los organizadores la amabilidad que han tenido invitándome a participar en este acto.

Es para mí y para el propio Tribunal un honor y, al mismo tiempo, una obligación estar presentes en este tipo de reuniones, que permiten intercambiar opiniones y experiencias sobre cuestiones cuya trascendencia para el desarrollo de nuestras sociedades es cada día mayor.

Permítanme en primer lugar explicarles brevemente qué es y cómo funciona el Tribunal de Defensa de la Competencia español para analizar con mayor detalle su misión en materia de concentraciones empresariales y, en especial, en la operación Endesa-Iberdrola.

2. El Tribunal de Defensa de la Competencia: características, funcionamiento y papel en las operaciones de concentración

El Tribunal de Defensa de la Competencia es un organismo independiente cuya misión es velar por el cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia.

Está compuesto por ocho vocales y el Presidente, nombrados por el Gobierno para un período de cinco años renovables una sola vez. Estos nueve miembros se reúnen en Pleno para deliberar y fallar los asuntos cuya competencia la Ley otorga al Tribunal.

La Ley actualmente en vigor es de 1989; si bien es cierto que en la última década ha sido revisada en diversas ocasiones. En ella, se diseña un modelo de defensa de la competencia compuesto por dos instituciones: el Servicio, cuyas funciones se centran en instrucción e investigación, y el Tribunal, con carácter resolutivo para los expedientes sancionadores y consultivo para las operaciones de concentración.

Esta última faceta del Tribunal ha adquirido recientemente especial trascendencia. El fuerte proceso de globalización de las relaciones económicas y las exigencias que de ello se derivan para la actuación empresarial han desencadenado en los últimos años un aumento creciente de las fusiones y, consecuentemente, de los informes correspondientes del Tribunal.

En este devenir, al mismo tiempo que se reconoce la importancia de las concentraciones empresariales en la racionalización de las estructuras productivas y la dinamización de las economías, hay que tener en cuenta que estas operaciones pueden suponer una alteración de la estructura de los mercados contraria al mantenimiento de una competencia efectiva. Por ello, el establecimiento de mecanismos eficaces de control de estos procesos se ha convertido en una de las preocupaciones centrales de la política económica.

La actuación del Tribunal de Defensa de la Competencia en esta materia aparece regulada en el Capítulo II de nuestra Ley enmarcándose, como apuntaba anteriormente, en los ámbitos consultivo y preventivo. Consultivo porque el informe que realiza el Tribunal no es vinculante para el Gobierno, que es quien toma las resoluciones definitivas en esta materia, y preventivo porque, a diferencia de los expedientes sancionadores relacionados con hechos del pasado, el proceso de control de concentraciones mira hacia el futuro tratando de evitar cambios en la estructura de los mercados que puedan derivar en un empeoramiento de la competencia efectiva.

La Ley de Defensa de la Competencia española, siguiendo el modelo de control de concentraciones comunitario, regula el procedimiento a seguir delimitando nítidamente tres fases. Una primera en la que interviene el Servicio para analizar si la operación notificada puede obstaculizar el mantenimiento de competencia efectiva en el mercado. En caso que así lo considere, el Ministro de Economía solicita al Tribunal un informe con su dictamen no vinculante sobre la operación para que, posteriormente, sea el Consejo de Ministros quien determine la procedencia o improcedencia de la concentración teniendo, asimismo, en cuenta otros factores añadidos de política económica.

Dos elementos a destacar en todo este proceso son el carácter limitado de los plazos de cada una de las fases y la participación de las empresas afectadas.

El plazo de dos meses en el que tiene que elaborar su informe el Tribunal es uno de los más reducidos en Europa; habiendo sido así establecido para limitar al máximo la incertidumbre generada por la

operación tanto entre las propias empresas como en el mercado correspondiente así como reducir los costes derivados de la misma.

Durante esta fase las empresas notificantes y todas aquellas que puedan resultar afectadas por la fusión tienen la oportunidad de presentar sus opiniones al respecto que pasan a formar parte del expediente y son tomadas en consideración en la elaboración del informe del Tribunal.

Más allá de aspectos procedimentales, la labor del Tribunal en este tipo de operaciones se centra en el estudio de los efectos restrictivos sobre la competencia que se puedan derivar de las mismas. Para ello, se analizan detalladamente las siguientes cuestiones: el mercado relevante, su estructura, las posibilidades de elección de los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios, el poder económico y financiero de las empresas, la evolución de la oferta y la demanda y la competencia exterior¹.

En definitiva, el Tribunal realiza un estudio detallado sobre el mercado afectado y a la vista de las consecuencias estructurales que pudieran derivarse sobre el mismo emite su dictamen valorando si puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva.

3. Elaboración de los informes de concentración: el caso Endesa-Iberdrola

Respecto a la operación concreta Endesa-Iberdrola voy a centrarme en las especificidades del informe del Tribunal, una vez que el Sr. Meroño

¹ Según indica el artículo 16 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

les ha informado con precisión acerca de sus características así como de la situación reguladora del sector eléctrico.

Para la elaboración de este informe y, en general, para todos los de concentración, resulta clave la concreción del concepto de posición de dominio. Para ello, el Tribunal de Defensa de la Competencia, al igual que el resto de instituciones de defensa de la competencia europeas, ha optado por una interpretación que sigue la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas nacida en 1973 con motivo del Asunto Continental Can² y corroborada por múltiples Sentencias posteriores. En éstas, se define la posición dominante como *“aquella en la que una empresa tiene la posibilidad de desarrollar un comportamiento relativamente independiente que le permita actuar en el mercado sin tener en cuenta a los proveedores, clientes o competidores”*.

De esta definición se deriva que la existencia o no de una posición de dominio por parte de la empresa resultante de la operación de concentración no debe ser establecida en sentido abstracto sino en relación con un producto y una zona geográfica concretos.

Así se entiende 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”*; y el mercado geográfico, *“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 aquéllas”³.

En el caso Endesa-Iberdrola, las empresas sostenían que el mercado relevante geográfico había de ser el mercado ibérico, y no únicamente el español, debido, según ellas, *“a la existencia desde hace ya meses de un acuerdo entre los gobiernos de España y Portugal para la creación de un mercado eléctrico ibérico”*.

Teniendo en cuenta que la capacidad comercial disponible de las interconexiones con Portugal, Marruecos y Francia representa conjuntamente menos del 5% de la capacidad total instalada en España así como la ausencia de generadores externos compitiendo en el mercado mayorista español, el Tribunal consideró, siguiendo el criterio establecido por la Comisión Europea en diversas Decisiones⁴, que el mercado afectado debía ser el peninsular nacional.

Por lo que se refiere al mercado de producto, el Tribunal abordó su delimitación estudiando las distintas actividades en las que se desarrolla el suministro de energía eléctrica hasta llegar al consumidor final; concluyendo que a efectos de analizar el posible impacto de la operación sobre las condiciones de competencia, resultaba adecuado delimitar como mercados relevantes afectados el de generación eléctrica y el de comercialización a clientes cualificados.

² STJCE de 21 de febrero de 1973.

³ Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición del mercado relevante (DO C 372/5, de 9 de diciembre de 1997).

⁴ Casos Electrabel/Ditrigaz y Amoco/Repsol/Iberdrola/Ente Vasco.

Al mismo tiempo, el Tribunal entendió que a pesar de que el transporte y la distribución son actividades reguladas, el hecho de que estén presentes empresas que, a su vez, lo están en los mercados relevantes anteriormente delimitados, hacía necesario tener en cuenta esta actividad para la correcta evaluación de las condiciones de competencia en el conjunto del sector.

Por su parte, las empresas notificantes plantearon la posibilidad de incluir el gas natural en la delimitación del mercado de producto afectado. Sin embargo, el Tribunal, después de un exhaustivo análisis⁵ sobre sus posibles usos, estimó que se trataba de dos productos no sustituibles entre sí desde el punto de vista de la demanda.

Una vez definidos los mercados relevantes correspondientes, el análisis se centró en la determinación de la estructura del sector eléctrico español en base al grado de concentración empresarial, la existencia o no de barreras de entrada, la diferenciación de productos, la competencia exterior o el nivel de integración vertical.

Respecto a la estructura del sector se constataba que, dada la cuota de mercado en generación que la empresa resultante obtendría y teniendo en cuenta la composición de su parque tecnológico, se incrementaría la ya alta predecibilidad del comportamiento de los agentes, actuando la empresa resultante de la fusión como líder en la fijación de precios en el mercado mayorista mientras las demás serían básicamente precio-aceptantes.

No obstante, dado el Plan de Desinversión de Activos que proponían las empresas no bastaba con determinar la estructura actual sino que

⁵ Págs. 33 a 36 del Informe C 60/00 Endesa/Iberdrola del Tribunal de Defensa de la Competencia.

también debían diseñarse escenarios futuros alternativos en cuanto al número de operadores finales, sus cuotas de mercado y la distribución de activos de generación, dependiendo de cómo se materializase dicho Plan.

El Tribunal, aún compartiendo la percepción de ausencia de concreción de determinados puntos de la operación, consideró que existían elementos suficientes para que pudiera ser valorada desde la perspectiva de la competencia.

El siguiente paso para determinar de manera completa las condiciones de competencia en la futura estructura del mercado era el estudio de su contestabilidad; es decir, si existen o no barreras de entrada entendidas como obstáculos que dificultan la llegada de nuevos competidores.

Para determinar la trascendencia de estas barreras de entrada el Tribunal analiza los diferentes pasos que debe dar una empresa para entrar en el negocio correspondiente como pueden ser la planificación y el diseño de la estrategia, la obtención de permisos de construcción de instalaciones, la distribución y el transporte de los productos o el acceso a activos estratégicos. El baremo para medir si las dificultades derivadas de este proceso son verdaderas barreras de entrada es la rapidez con que pueden penetrar las nuevas empresas y la probabilidad de que efectivamente lo hagan en un tiempo razonable para desanimar actuaciones en contra del consumidor por parte de las que cuenten con posición de dominio.

El Tribunal consideró que el sector eléctrico español cuenta con numerosas barreras de entrada⁶. En primer lugar, indudablemente, el riesgo regulatorio es un factor que disminuye la apertura a la competencia del sistema y se pone de manifiesto en la metodología que acompaña al diseño de las tarifas integrales, las tarifas de acceso o la garantía de potencia, el retraso en la aprobación de la normativa que regula el transporte, la distribución, las condiciones de acceso, la comercialización o los procedimientos de autorización así como en la nueva normativa sobre puntos de medida.

Un segundo aspecto considerado como barrera de entrada es la ya comentada escasa capacidad de interconexión con otros sistemas y su influencia sobre la formación de los precios. El sistema de funcionamiento de generación de energía eléctrica descansa en el hecho de poder ofertar al mercado mayorista mediante un mecanismo de libre competencia. Los oferentes pueden realizar sus pujas con energía procedente de unidades de generación localizadas en el territorio español o con energía procedente de sistemas externos, mediante importaciones. Sin embargo, existe una limitación impuesta por la capacidad física de las interconexiones que frena la participación de los intercambios internacionales en el mercado de producción.

Otra barrera de entrada trascendente es la que tiene que ver con la dificultad de acceso a activos estratégicos tanto desde el punto de vista de la propia eficiencia económica como por su ubicación en términos de infraestructuras o impacto medioambiental.

⁶ Págs. 66 a 75 del Informe C 60/00 Endesa/Iberdrola del Tribunal de Defensa de la Competencia.

Junto a éstas el Tribunal también señaló otras cuestiones que limitan la capacidad de competencia en este sector como las restricciones de transporte, los derechos contractuales heredados, los propios costes de instalación o diversificación del parque de generación que se pueden constituir en barreras de entrada que determinen la estructura futura del mercado.

Pero, posiblemente, la principal barrera de entrada es la fuerte integración vertical del sector. La Ley del Sector Eléctrico⁷ establece que las actividades de comercialización y generación han de ser desempeñadas por empresas separadas jurídicamente de las que llevan a cabo actividades reguladas (transporte, distribución y gestión económica y técnica del sistema); si bien, reconoce que las empresas así constituidas pueden formar parte del mismo grupo empresarial. Con esta medida se pretende evitar la existencia de subsidios cruzados, pero nada impide que las pérdidas de una empresa se cubran con los beneficios de otras pertenecientes al mismo grupo, ni que el propio grupo presente su balance consolidado.

De esta forma, está plenamente aceptado que existe una integración vertical "de facto", estando las cuatro empresas de generación presentes también en distribución y comercialización. La principal consecuencia de esta situación es que la participación en la oferta y en la demanda disminuye sustancialmente los riesgos asociados a la variabilidad del precio en el mercado mayorista, puesto que los menores beneficios que precios bajos podrían acarrear a las empresas generadoras son paralelamente compensados por los mayores beneficios que esa misma circunstancia proporciona a las distribuidoras y comercializadoras del mismo grupo.

⁷ Ley 54/1997, del Sector Eléctrico.

Esta integración vertical actúa como una verdadera barrera de entrada no sólo en el sentido de dificultar el acceso a la actividad de comercialización a aquellos que no dispongan de activos de generación sino también a la inversa. Así, los nuevos generadores afrontan el riesgo de unos precios en el mercado mayorista insuficientes para rentabilizar sus inversiones.

Una segunda consecuencia perniciosa para la competencia derivada de esta integración vertical es la información asimétrica a que se enfrentan los potenciales entrantes. Las distribuidoras existentes disponen no sólo de información sobre las cantidades consumidas por cada uno de los clientes, lo que equivale a saber quiénes van entrando paulatinamente en la categoría de clientes cualificados, sino que disponen además de las curvas de demanda de cada uno de ellos. Nada impide a las distribuidoras pasar esta información a las comercializadoras del grupo, otorgándoles así una clara ventaja competitiva a la hora de diseñar contratos a medida.

4. Conclusiones

En fin, después de un exhaustivo análisis se ponía de manifiesto que estamos ante un mercado que presenta en la actualidad un grado de concentración muy elevado, una alta integración vertical e importantes barreras de entrada; lo que hace que su contestabilidad sea muy reducida.

Estas circunstancias llevaron al Tribunal a considerar que la operación tal y como estaba notificada implicaba un claro riesgo de deterioro de la competencia efectiva ya que se pasaba de una posición de dominio colectiva a una individual. De esta forma, la empresa resultante ejercería su actividad en un contexto en el que las ventajas asociadas a un comportamiento orientado a alcanzar un equilibrio competitivo del

mercado serían inferiores a las de mantener una estructura basada en una empresa líder; asumiendo el resto el papel de precio-aceptantes. Así, a pesar de la disminución de costes y la mejora de la eficiencia productiva derivada de la operación, la empresa resultante no tendría incentivos para trasladar estas mayores eficiencias a los consumidores.

Asimismo, la existencia de fuertes barreras de entrada hacía prever un largo período de tiempo sin que nuevos operadores pudieran suponer una amenaza competitiva a la empresa resultante de la fusión. A la espera de la ampliación de la capacidad de interconexión con Francia, las vías de entrada de potenciales competidores se verían limitadas a la instalación de nueva capacidad de generación en centrales de ciclo combinado para las que según la mayoría de las estimaciones disponibles sólo una tercera parte de las solicitudes de autorización de los últimos dos años corresponde a operadores distintos a los ya establecidos.

No obstante, el Tribunal, dado que la operación tenía la consecuencia favorable de propiciar la entrada de nuevos competidores y el reforzamiento de los ya existentes, consideró que la operación podía ser aprobada subordinándola al cumplimiento de una serie de condiciones.

Estas condiciones pretendían evitar la formación de una posición de dominio individual, limitando el tamaño de la empresa resultante y su diferencia relativa con el resto de competidores, facilitando una mayor especialización de los grupos entrantes así como un tamaño adecuado para poder actuar de modo independiente. Al mismo tiempo, el Tribunal trató de reducir al máximo el plazo para la desinversión de activos para limitar la influencia de la empresa resultante en este proceso.

En definitiva, con las condiciones establecidas se introducían mayores dosis de incertidumbre al funcionamiento del mercado; aspecto que, como todos sabemos, es fundamental y básico para que pueda establecerse una competencia efectiva entre las empresas participantes.

No olvidemos que el mantenimiento de esta competencia efectiva es el objetivo que persiguen los informes y dictámenes del Tribunal y la explicación de su propia intervención en el control de operaciones de concentración.