

Integración vertical en el mercado eléctrico español

Aitor Zurimendi Isla

Facultad de Derecho
UPV/EHU

Abstract

Dadas las circunstancias del mercado eléctrico, especialmente la necesidad de monopolio en las actividades de transporte y distribución y la presencia de poder de mercado en la generación, la estructura de mercado ideal o más competitiva entre las posibles y la buscada por la normativa comunitaria parte de una limitación a la integración vertical o posibilidad de realizar tales actividades reguladas (transporte y distribución), junto a las de generación y comercialización ("libres"). La red de transporte no debe estar controlada por empresas que intervengan en la generación o distribución. La razón es que la no separación de estas actividades extendería los efectos distorsionadores del monopolio natural al resto de actividades en las que puede existir competencia, por lo que la separación efectiva entre ellas resulta imprescindible.

Sin embargo, las medidas de separación efectiva que la ley española ha ido estableciendo han tenido un alcance limitado. Se ha combinado una serie de medidas estructurales con otras de comportamiento (limitativas de derechos), pero las primeras suelen ser mucho más efectivas que las segundas, siendo además el seguimiento de estas últimas de un coste elevado. En el presente trabajo se analizan todas estas medidas y su éxito o fracaso para la consecución de una regulación eficiente, haciendo algunas sugerencias de mejora. Este fallo regulatorio provoca una ineficiencia estructural que entre otras consecuencias negativas, conduce a que los precios de la electricidad estén por encima de su nivel competitivo.

Given the circumstances of the electricity market, especially the need for a monopoly in transport and distribution activities, and the presence of market power in generation, the ideal structure market requires a limitation to vertical integration or to possibility of taking part at the same time in regulated activities (transmission and distribution), and in generation and commercialization markets ("free activities"). It seeks the regulation of the European Commission. On the other hand, transport network should not be controlled by companies involved in the generation or distribution. The no separation of these activities would extend the distorting effects of natural monopoly to other activities in which competition can exist. So that the effective separation between them is essential.

However, measures of effective separation, that the Spanish law has been established, have been limited in scope. It has combined a number of structural measures with other behavioral requirements (restricting legal rights for companies), but the former are usually much more effective than the latter, and the cost of monitoring the latter is very high. In this paper all these measures are analyzed focusing on their success or failure to achieve efficient regulation, making some suggestions for the improvement of regulation. This regulatory failure causes structural inefficiency that among other negative consequences, leads to electricity prices are above their competitive level.

Title: Vertical Integration in Spanish Electricity Market.

Keywords: Vertical Integration. Electricity Market. Spanish Electricity Market

Palabras clave: Integración vertical. Mercado eléctrico. Mercado eléctrico español.

Sumario

1. La estructura de mercado ideal o pretendida: no integración vertical
2. La estructura real de mercado
 - 2.1. Separación efectiva de los operadores de redes de distribución
 - 2.2. Separación efectiva del operador del sistema
 - 2.3. Separación efectiva del operador del mercado
3. Conclusiones
4. Tabla de resoluciones utilizadas
5. Bibliografía

1. La estructura de mercado ideal o pretendida: no integración vertical

La liberalización del mercado eléctrico en Europa ha sido auspiciada por distintas Directivas Comunitarias y se ha llevado a cabo de manera progresiva¹. En sus inicios el proceso implicó la privatización de empresas del sector, seguida de la separación funcional de actividades verticalmente integradas y de las actividades del operador del sistema y del operador del mercado. El proceso se ha visto después reforzado por la creación de órganos reguladores independientes de los gobiernos y más recientemente por una regulación que sienta las bases de la integración de los mercados eléctricos europeos. La normativa europea ha ofrecido a los Estados Miembros varias opciones para cumplir con el objetivo de liberalización, lo que unido a las distintas características naturales o elementos objetivos del mercado en cada país, han hecho que los resultados de dicha liberalización hayan sido desiguales.

Este proceso liberalizador no ha consistido como en otros mercados, en una mera eliminación progresiva de la regulación existente. Aunque la idea es someter al libre mercado las actividades relacionadas con el sector eléctrico cuyas circunstancias o características sean idóneas para ello, el hecho de que la electricidad sea un servicio de interés general, cuya generación no se puede almacenar salvo a escala muy pequeña, con una curva de demanda relativamente inelástica y de que concurren barreras de entrada, hacen necesaria la existencia de regulación. El objetivo de la misma será precisamente manejar todos estos elementos o circunstancias reales de mercado de forma que se

* Este trabajo se inserta en un Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, cuya referencia es DER2015-69549-P.

Agradezco la lectura y sugerencias realizadas por María Paz Espinosa Alejos, Catedrática de Fundamentos del Análisis Económico (UPV/EHU), y por Aitor Ciarreta Antuñano, Profesor Titular de Fundamentos de Análisis Económico (UPV/EHU).

Cualquier comentario será bienvenido, aitor.zurimendi@ehu.eus

¹ La Directiva 1996/92/CE de 19 de diciembre de 1996 inició el proceso liberalizador con el establecimiento de normas comunes en el mercado de electricidad. La Directiva 2009/72/CE avanza en el proceso estableciendo la separación plena entre titularidad de las redes de transporte y generación.

combinen de la mejor forma posible para garantizar el suministro demandado con la mejor calidad de las posibles y al mínimo coste y precio posibles siendo el sistema económicamente viable.

Para ello, la regulación comunitaria persigue la separación de distintos mercados en función de las distintas actividades relacionadas con el sector eléctrico: la de generación, el transporte, la distribución y la comercialización. Las actividades de transporte y distribución de energía son monopolios naturales, por lo que al regular el mercado se debe contar con esta realidad. Efectivamente, para el transporte de la energía se requiere de una infraestructura compleja, costosa y de considerable impacto ambiental, puesto que está constituida por redes, transformadores y otros elementos eléctricos con tensiones nominales iguales o superiores a 380 Kv (red primaria), o a 220 kV (red secundaria). Además de ser ambientalmente insostenible la existencia de más de una red de transporte (una por compañía), sería económicamente inviable e ineficiente, lo que le otorga el carácter de monopolio natural. Por tanto, debe compartirse por todos los interesados una única red de transporte, que además invierta lo suficiente en su mantenimiento y expansión de forma que asegure el suministro y la optimización del servicio, garantizando a la vez un acceso igualitario y no discriminatorio a la misma de todas las compañías interesadas.

Algo similar sucede en la distribución, dado que ésta consiste en *“la transmisión de energía eléctrica desde las redes del transporte... hasta los puntos de consumo u otras redes de distribución en las adecuadas condiciones de calidad con el fin último de suministrarla a los consumidores”* (art. 38 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico BOE nº 310, de 27.12.2013) (en adelante, LSE). Esto es, en sacar la energía de la red del transporte para hacerla llegar a la persona consumidora. Para ello se requieren líneas, parques, elementos de transformación y eléctricos de tensión inferior a 220 kV. Se dan por tanto idénticas condiciones tanto ambientales como de costes que aconsejan que haya una única compañía o red de distribución por cada zona evitando múltiples redes en la misma, obligando a que se garantice en cada una de ellas una eficiente explotación y un volumen de inversión necesario para conseguirlo, permitiendo a su vez el acceso a la misma a todas la compañías interesadas (comercializadoras).

Por otra parte, en las actividades de generación de energía y en las de su comercialización, no existen condiciones de mercado objetivas o naturales que impliquen la necesidad de un monopolio, por lo que se dice en la LSE, son actividades no reguladas, frente a las anteriores que se califican de reguladas. En puridad, todas las actividades son reguladas, porque incluso en la generación y comercialización, al tratarse de mercados en los que está implicado un bien de primera necesidad que además presenta unas condiciones técnicas complejas y por tanto exigencias de seguridad notables, se requiere una previa autorización administrativa. Ahora bien, la Directiva del 2009 exige que los requisitos exigidos para la autorización no vayan más allá de los necesarios para garantizar esa seguridad y suministro efectivo y no añada otros innecesarios que limitan el acceso al mercado de nuevos oferentes. Se preocupa asimismo la Directiva de que el procedimiento de

autorización no sea largo o exija mayores requisitos de los imprescindibles, puesto que en algunos países se han utilizado estas tácticas como maniobras dilatorias u obstaculizadoras de entrada de nuevas empresas a estas actividades de generación o comercialización de acceso libre aunque sometidas a autorización.

Téngase presente que aunque en éstas no tiene por qué haber un monopolio, la inversión necesaria para entrar al mercado, especialmente en las actividades de generación con ciertas tecnologías, es considerable, por lo que tampoco es esperable que haya un gran número de oferentes, siendo un mercado oligopolístico. No así en la comercialización, actividad que se incluye para dinamizar el mercado permitiendo a estas compañías acceder a las redes de transporte y distribución adquiriendo energía para su venta a los consumidores o a otros usuarios del sistema. Son unos intermediarios cuyo número conviene que sea lo suficientemente alto para introducir nuevos agentes en el mercado para dinamizarlo realizando ofertas de compra que realicen una presión competitiva que permita ajustar precios. Es para ello esencial que se les garantice el acceso a las redes de transporte y distribución de forma no discriminatoria, esto es, en igualdad de condiciones e información que el resto de competidores.

Teniendo en cuenta la realidad anterior, la normativa comunitaria exige además la existencia de un gestor de la red de transporte independiente, que se denomina “operador del sistema” (art. 30 LSE), en nuestro caso Red Eléctrica Española (REE), que además será el único transportista que actuará en la red salvo que excepcionalmente el Ministerio competente autorice a que determinadas instalaciones de transporte secundario sean explotadas por el distribuidor de zona que se determine (art. 34 LSE). Las funciones de las gestoras de las redes de distribución son precisamente velar por el adecuado funcionamiento de la red de forma que sea capaz de satisfacer la demanda de cada momento y que se invierta en su mejora para que sea técnicamente posible dar acceso a ella y por tanto al mercado eléctrico a más competidores en condiciones de igualdad. Para ello parece una condición imprescindible que tal gestor tome sus decisiones de forma independiente y no tenga interés común con ninguna de las empresas generadoras o distribuidoras. Si así fuera, existiría un riesgo evidente de obstaculizar la actuación y acceso al mercado del resto de empresas con las que no tiene ese interés, especialmente en el caso de las comercializadoras, por lo que no competirían con la misma información ni por tanto en condiciones de igualdad y se perjudicaría la competencia en ese mercado². Asimismo, se verían limitados los incentivos de un gestor de la red de transporte que estuviera verticalmente integrado a mejorar y realizar nuevas inversiones en la red, dado que ello

² Véanse, a título de ejemplo, las Resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) de 24.2.2012 (P: Luis Díez Martín) y de 11.6.2012 (P: Inmaculada Gutiérrez Carrizo), en las que Iberdrola y Endesa utilizan información derivada de su carácter de distribuidoras para reducir el mercado potencial de sus comercializadoras competidoras.

supondría posibilitar la entrada de nuevas empresas a la red que serían competidoras con respecto a las que el gestor tiene intereses comunes³.

Finalmente, la regulación que estructura el mercado se completa con la creación del “operador de mercado”, en nuestro caso el Operador del Mercado Ibérico de Electricidad (en adelante, OMIE), que asume *“la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en el mercado diario... respetando los principios de transparencia, objetividad e independencia”* (art. 29 LSE). Tal independencia resulta esencial si tenemos en cuenta que organizará el mercado de compraventa de energía entre generadores, distribuidores y comercializadores, garantizando la demanda efectiva de cada momento. Dicha independencia presupone una ausencia de interés o relación con los oferentes o demandantes en el mercado (generadores, distribuidores o comercializadores). De lo contrario, podrían filtrarse informaciones a algunos de los intervinientes en el mercado que adulterasen el libre juego de oferta y demanda en la subasta o mercado diario de energía. En cualquier caso, para el adecuado funcionamiento del mismo, parece necesario garantizar por un lado un número suficiente de oferentes (generadoras) y demandantes (distribuidoras y comercializadoras), que realmente tengan un interés económico distinto; esto es, no formen parte del mismo grupo de empresas⁴.

Debajo se resume en el gráfico la estructura y distintas actividades del mercado eléctrico:



En resumen, dadas las circunstancias de mercado existentes, especialmente la necesidad de monopolio en las actividades de transporte y distribución, la estructura de mercado ideal o

³ COMISIÓN EUROPEA, 2007 a y 2007 b. De “separación efectiva” habla el Considerando 9 de la Directiva 2009/72/CE.

⁴ Recuérdese a este respecto lo sucedido en Diciembre de 2013, cuando la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en su resolución del 20-12-2013, anuló la vigésima subasta CESUR.

más competitiva entre las posibles, impulsada por la normativa comunitaria, parte de una prohibición de integración vertical o posibilidad de realizar tales actividades reguladas junto a las de generación y comercialización ("libres"). Ni tampoco permitir que la red de transporte esté controlada por una o varias empresas de distribución. La razón es que la no separación de todas estas actividades extendería los efectos distorsionadores del monopolio natural al resto de actividades en las que puede existir competencia⁵. La integración vertical supone crear un caldo de cultivo para prácticas anticompetitivas oligopolísticas, como abusos de posición de dominio y acuerdos colusorios que repercutan en los costes y en el precio final de la electricidad. En conclusión, el punto de partida de la regulación debe ser la prohibición de realización simultánea o separación efectiva de actividades reguladas con no reguladas, así como de las reguladas entre sí⁶.

Ciertamente, la prohibición de que una misma empresa tenga como objeto social o se dedique a la vez a diferentes tipos de actividades que estén en diferentes niveles de la cadena de producción de un mismo bien (generación, transporte, distribución y comercialización de energía), es un límite a la libertad de empresa que debe justificarse en la consecución del interés público y la protección del consumidor. En muchos mercados, la integración vertical de empresas se ve incluso de forma positiva puesto que pueden generar efectos procompetitivos que repercuten en la persona consumidora a través de una bajada de precios o una mayor calidad en las prestaciones. Por ejemplo, reducen costes de transacción o coordinación derivados de la separación de ambas actividades (búsqueda de contraparte contractual), se generan economías de alcance por compartir la tecnología compleja e inversión necesaria cuantiosa cuando el bien del que se trate es técnicamente complejo o naturalmente peligroso, pueden evitar comportamientos oportunistas anticompetitivos (problemas de parasitismo o cautividad), e incluso pueden contribuir a reducir la doble marginalidad cuando una de las actividades no se desenvuelva en un mercado competitivo y la otra sí. No obstante, según los casos, pueden suponer sustanciales desventajas o efectos anticompetitivos, como la exclusión o eliminación de competidores que será más problemática cuando afecte a actividades oligopolísticas, o pueden generar riesgo cierto de colusión horizontal entre las empresas de uno de los niveles al servir la empresa integrada de vehículo de transmisión de información sobre precios y otras estrategias. En definitiva, serán las circunstancias de cada mercado en concreto las que determinen qué ventajas y desventajas genera una integración vertical y la intensidad de las mismas, y en función de cuáles prevalecen, el derecho de la competencia deberá ser más o menos tolerante con ellas. No obstante, la experiencia muestra que cuando las empresas verticalmente integradas tienen poder de mercado, prevalecen los efectos anticompetitivos o nocivos para la persona consumidora⁷.

⁵ Véanse por ejemplo las Resoluciones CNC 8.11.2011 (P: María Jesús González López), y de 20-9-2011 y d 21. . 2012 (P: Inmaculada Gutiérrez Carrizo).

⁶ COMISIÓN EUROPEA, 2007 a y 2007 b.

⁷ Sobre los efectos económicos de la integración vertical, véase ZURIMENDI, 2006, pp. 67 a 103, con ulteriores referencias. Más brevemente, LÓPEZ MILLA, 2007, pp. 129 y 130. Asimismo, COMISIÓN EUROPEA, 2008.

De hecho, en los últimos tiempos, distintos estudios económicos advierten de las graves consecuencias que está teniendo para la economía la constitución de holdings o grupos de empresas con un índice de concentración IHH superior a 2500, creados a través de la adquisición de acciones de otra compañía que actúa en el sector con la que en principio debería tener intereses contrapuestos, aunque tal participación no sea significativa. Dadas las circunstancias de ciertos mercados, incluso aunque no se controle la empresa participada, se puede influir en las decisiones que adopte. Y dado que ambas pueden tener más beneficios no compitiendo que haciéndolo, la tendencia es que dejen de competir. Si con estrategias agresivas de precios el beneficio que pudiera obtener una va a otra, carece de sentido mantener dicha estrategia, porque al final estamos hablando del mismo “bolsillo” o interés, que además saldrá beneficiado si las empresas participadas no compiten. Esto supone a corto plazo un aumento de los precios por encima de su nivel competitivo. Es más, la proliferación de este tipo de holdings en diferentes sectores desde los años 90, es apuntada como una de las causas principales de que pese a que las empresas hayan generado grandes beneficios, su repercusión en el crecimiento y en el empleo ha sido mucho más limitado, ya que gran parte de esos beneficios se basan en una estrategia anticompetitiva común más que en una mejora de la productividad. Incluso se atribuye a este fenómeno el aumento de la desigualdad económico-social que está teniendo lugar desde ese mismo periodo. Se recomienda así que se obligue a desconcentrar estos mercados y a que la adquisición de acciones o participaciones de una empresa con la que se debe tener un interés contrapuesto sea impedida aplicando el régimen del control de las concentraciones. Al menos siempre que producto de la operación el índice IHH sea superior a 2500⁸.

En el caso del mercado eléctrico, resulta evidente que los efectos de la integración vertical son muy nocivos porque concurren todas las circunstancias para que esto suceda. Por un lado, en ciertas actividades rige un monopolio natural, y en las libres se requieren inversiones de entrada sustanciales, especialmente en el caso de generación de energía, por lo que son mercados con tendencia al oligopolio. Finalmente, la energía es un bien de demanda inelástica y de primera necesidad, por lo que quienes la consumen no disponen de margen de respuesta ante una actuación abusiva por parte de las empresas del sector. Todo ello coloca a éstas en una situación de evidente poder de mercado, que justifica la prohibición de integración vertical por el bien de los consumidores. La regulación debe maximizar las opciones de competencia efectiva en las actividades en las que pueda existir, así como eliminar o al menos minimizar los riesgos de abuso en las que rige el monopolio. La existencia de holdings de empresas del sector eléctrico que pertenecen a actividades distintas y que aparentemente deben tener intereses contrapuestos (oferentes y demandantes de energía queriendo por tanto los primeros vender a un precio lo más alto posible y los segundos comprar al más bajo de lo posibles), resulta altamente perjudicial.

⁸ En torno a las consecuencias e impacto económico de estos holdings, véanse KRUGMAN, 2014; ELHAUGE, 2016, pp. 1.268 a 1.271, 1.281 a 1.301 y 1.314 a 1.316, con ulteriores referencias bibliográficas.

2. La estructura real de mercado

Así pues, desde los comienzos del proceso liberalizador del mercado eléctrico, la Unión Europea ha buscado a través de distintas Directivas la separación efectiva de las actividades mencionadas en el punto anterior para eliminar el incentivo que empuja a las empresas integradas verticalmente a discriminar a sus competidores en lo que se refiere al acceso a los otros mercados, prevaleciéndose especialmente de su posición de poder en aquellas actividades que por naturaleza son monopolísticas. Sin embargo, la propia Directiva 2009/ 72 reconoce que las medidas articuladas hasta ese momento no han conseguido el objetivo perseguido (Considerando 10). Por otra parte, las distintas Directivas comunitarias aprobadas hasta el momento, han ofrecido opciones diferentes a los Estados Miembros, por lo que en cada uno de ellos la combinación de cada una de esas opciones ha sido diferente. Estas diferencias de regulación, unidas a las diferentes características naturales o elementos objetivos de mercado en cada país, han hecho que los resultados de dicha liberalización hayan sido igualmente diversos. Nos centraremos ahora en analizar cómo se ha traspuesto la normativa comunitaria en nuestro país, y cuáles han sido o pueden ser los efectos de la misma.

Asimismo, el nivel de riesgo de integración vertical no es idéntico si ésta se produce entre unas actividades o si se presenta en otras, por lo que las medidas para garantizar la separación no son tampoco de la misma entidad. En concreto, se establecen inicialmente unas medidas generales aplicables a las actividades reguladas de transporte, distribución y operación del sistema con respecto a las de generación o comercialización o con respecto a ellas mismas. Asimismo, se refuerzan las medidas de separación para el operador de sistema/ gestor de la red de transporte por tratarse de una actividad en la que la integración vertical puede suponer graves perjuicios. Y finalmente, se establecen una serie de medidas diferentes para el operador del mercado, dado que sus funciones son muy diferentes por ser meros gestores del mercado de oferta y demanda de energía, y por tanto, no estar integrados o ser un eslabón en la cadena de producción.

2.1. Separación efectiva de los operadores de redes de distribución

Comenzando el análisis de las medidas de separación generales entre las actividades de transporte, distribución y operación del sistema (gestor de la red de transporte), con respecto a las de generación y comercialización, o a las de transporte y distribución entre sí, el enunciado general del art. 12.1 de la LSE que prohíbe que una empresa se dedique a la vez a varias de esas actividades, permite en su apartado 2 una serie de excepciones siempre que se cumplan los siguientes requisitos. En primer lugar, se requiere que sean ejercidas por sociedades diferentes (separación jurídica). Esto es, una misma sociedad no puede incluir en su objeto social dos o más de las actividades mencionadas, pero sí que se puede constituir un grupo de sociedades o empresas siempre que cada una de ellas tenga una actividad u objeto social distinto. Pero además de esto, se exigen una serie de medidas adicionales tendentes a conseguir una separación funcional, esto es, una no injerencia de los asuntos o intereses de una en las decisiones de la otra, que restringen la propia esencia

de un grupo de sociedades, que es la defensa de un mismo interés económico para todas ellas. En concreto, se exige que las *“personas responsables de la gestión cotidiana”* de unas actividades, no puedan serlo, a la vez, de las otras. Esto es, que no se puedan compartir al mismo tiempo entre ambas sociedades administradores de derecho, de hecho, o apoderados generales o particulares.

Por otra parte, dado que una empresa con suficiente capital en la otra podrá designar de forma directa o indirecta a una o varias personas administradoras de esta última, se pretende reforzar la independencia de aquéllas con respecto a los intereses o instrucciones de quien la hubieren designado. Para ello, se prohíbe que tales personas sean titulares de acciones de las otras sociedades del grupo, y se requiere que se instauren medidas que imposibiliten el control de tales personas por quien les ha designado, especialmente en lo que se refiere a su retribución y cese. Esto es, que tales cuestiones no dependan del seguimiento de las instrucciones de la otra sociedad del grupo. Se prohíbe además que el grupo empresarial dé instrucciones a las sociedades que realicen actividades reguladas, especialmente en lo relativo a la construcción o mejora de activos de transporte y distribución, o sobre con quién tiene que contratar determinados servicios especialmente si otra empresa del grupo los presta. No obstante, sí puede hacerlo *“cuando sobrepase lo establecido en el plan financiero anual o instrumento equivalente”*, ya que el grupo sí tiene derecho a la supervisión económica de su sociedad filial y a establecer sus límites de endeudamiento. Adicionalmente, se impide que las sociedades que realicen actividades reguladas y sus trabajadores puedan compartir *“información comercialmente sensible con las empresas del mismo grupo”*. Para garantizar el cumplimiento de todos estos requisitos, el art. 12 LSE exige que las sociedades que realicen actividades reguladas aprueben un Código de Conducta aplicable a todos sus empleados, de cuya implantación se realizará un informe anual elaborado por una autoridad independiente designada por la propia sociedad, y que será entregado tanto a la CNMC y al Ministerio competente en materia de energía.

Sin embargo, es muy dudosa la eficacia de las medidas anteriormente mencionadas para la consecución de la pretendida separación efectiva mencionada *supra* 1. Y en cualquier caso, el coste de la verificación de su cumplimiento por parte de las autoridades competentes es muy elevado. En primer lugar, por mucho que se impida al grupo dar instrucciones a la sociedad regulada, especialmente en lo que se refiere a las decisiones relativas a infraestructuras o servicios a contratar cuando otra empresa del grupo los preste, la fijación del tope de gasto y la aprobación del plan financiero que sí realiza el grupo condicionará ya en gran parte esas decisiones. Asimismo, sin necesidad de dar instrucciones al órgano de administración, el ejercicio del derecho al voto en la Junta de accionistas puede condicionar aún más el ejercicio de determinadas políticas relacionadas con esas cuestiones, en la medida en que el asunto radique entre las competencias de la Junta⁹. Finalmente, incluso

⁹ A este respecto el art. 161 del Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE nº 161, de 3.7.2010), dice: *“Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234”*.

cuando lo anterior no permitiese el control, en el caso de que se den instrucciones se hará de un modo discreto y de forma elegante o indirecta, por lo que será casi imposible probar o determinar si una decisión se ha producido porque ha habido instrucciones del grupo o porque quienes deben adoptarla han llegado por sí mismos a esa conclusión.

Es más, por mucho que se pretenda garantizar la independencia de los gestores frente al grupo que los ha designado, éstos conocerán perfectamente en la mayoría de los casos el interés del grupo en una u otra decisión sin que éste se lo haga saber de forma expresa o implícita, y actuarán acorde con él. Los gestores conocen la identidad de los accionistas y de sus intereses, y como todo gestor, intentará satisfacer a los mismos. Saben que a éstos no les conviene en realidad que el juego de libre mercado de electricidad entre oferentes y demandantes funcione de forma eficiente y competitiva, porque lo que puedan ganar por el lado de la distribución o comercialización lo van a perder por el de la generación. Es más, lo que les conviene es no competir en ese mercado porque de este modo, sin actuaciones agresivas/competitivas, subirán los precios y obtendrán más beneficios, y al mismo tiempo, podrán ser un lobby más fuerte frente al gobierno y presionarle para obtener una regulación más favorable¹⁰. Y esa será precisamente la estrategia de los gestores, sin necesidad de que nadie se la indique, porque los incentivos estructurales de mercado conducen a ello. De este modo, se tendrán más beneficios de una manera más cómoda y sin tanto esfuerzo (no hace falta competir), los accionistas estarán contentos, y el gestor también, puesto que será más factible su futura renovación en el puesto y además será mejor remunerado si como es habitual una parte de sus emolumentos se vinculan a resultados¹¹. En definitiva, no hace falta que haya comunicación con el gestor ni que se le den instrucciones de ningún tipo, puesto que los incentivos estructurales conducen a que las decisiones del gestor se dirijan a no competir, prevaleciendo el interés del accionista al teóricamente propio de su empresa¹².

Por otra parte, es muy probable que aunque se haya blindado el cese de los gestores durante un plazo, la persona gestora designada pretenderá la renovación o en su caso el nombramiento en otra sociedad del mismo grupo, dado que lo que se prohíbe es el ejercicio simultáneo del cargo en dos sociedades del mismo grupo, pero no el paso de una a otra. Precisamente esto resta virtualidad a la prohibición de compartir “*información comercialmente sensible*”. Dado que es posible el traslado de una empresa a otra tanto de los gestores como de trabajadores, la información se transmitirá de forma automática a través de esta vía. Y en cualquier caso, también será muy complicado detectar transmisión de información comercialmente sensible, y mucho más su prueba. Aparte de que no siempre resultará sencillo determinar qué información tiene tal carácter o no.

¹⁰ ALFARO, 2017.

¹¹ Esto último (pero sí lo anterior) no ocurrirá si la remuneración no se vincula al resultado bruto obtenido, sino que se relativiza o se hace depender de si tales resultados son mejores o peores que los de empresas directamente competidoras. Al respecto, KWON, 2017.

¹² Al respecto, ELHAUGEN, 2016, pp. 1.270 y 1.274.

Finalmente, la elaboración del Código de Conducta y la realización de un informe anual sobre su cumplimiento presenta igualmente limitaciones tanto en su alcance como en su elevado coste. Efectivamente, remitir a éste la fijación de las medidas que garanticen la independencia de los gestores designados por el grupo a un Código de conducta aprobado por la propia sociedad controlada por ese grupo plantea un claro conflicto de intereses. Parece en todo caso que la ley tendría que haberlas fijado, en su caso. Algo parecido puede decirse del órgano encargado de evaluar el cumplimiento del Código y de la realización del informe anual a presentar a las autoridades sobre su cumplimiento. El art. 12 LSE únicamente fija que este órgano supervisor deberá ser *“totalmente independiente y tendrá acceso a toda la información de la sociedad y de cualquiera de sus empresas filiales”*, sin añadir qué requisitos de independencia debe cumplir, lo que no resulta del todo garantista si tenemos en cuenta que en todo caso dicho órgano evaluador será designado por la propia sociedad evaluada. En este contexto, resultan comprensibles las dudas sobre la efectividad de la medida. Y téngase en cuenta que el coste de la misma es considerable tanto para la empresa como para el regulador. La primera deberá designar y/o crear un órgano evaluador al que deberá remunerar, y el regulador (CNMC y Ministerio), deberá al menos comprobar y leer los informes de cumplimiento del Código de Conducta y realizar, en su caso, las observaciones oportunas.

En definitiva, las medidas expuestas pretenden compatibilizar la existencia de un grupo de sociedades integrado verticalmente con una serie de limitaciones cuyo objetivo es precisamente acabar con la esencia o razón de ser del propio grupo de sociedades: el control por el grupo de todas las actividades, puesto que aunque se trate jurídicamente de dos o más personas jurídicas distintas, el grupo tiene un mismo interés económico y por ello se le permite una estrategia única. Y probablemente, compatibilizar ambas cosas es imposible. O bien las medidas son ineficientes y el control por parte del grupo se acaba imponiendo de una forma directa o indirecta, de forma más clara o disimulada; o bien las limitaciones funcionan y entonces se hace imposible el control del grupo, la existencia de un interés y estrategia común, y por ende deja de ser atractivo para las empresas la constitución del grupo y se desincentiva la inversión simultánea en diferentes actividades dentro del sector. En el primer caso, el resultado será que la pretendida separación de actividades no se da en la práctica, generándose los efectos perniciosos para el mercado que en principio se han querido evitar. En el segundo, en cambio, los requisitos son tan efectivos que hará que en la práctica no se formen tales grupos de sociedades, por lo que para eso mejor prohibirlos en cualquier caso en lugar de articular medidas complejas de supervisar y de coste relevante. Esto es, sea cual fuere el resultado, siempre resultará más eficaz y práctico, por sencillo y económico, prohibir la integración vertical en una misma empresa o en un mismo grupo de empresas de actividades de transporte, distribución y operación del sistema, con respecto a las de generación, comercialización o de servicios de recarga energética; o las de distribución, con las de transporte.

De hecho, un estudio pormenorizado de las medidas o remedios que las autoridades de la competencia han ido estableciendo a las empresas que se pretendían concentrar, evidencia que los remedios estructurales sí suelen ser efectivos para evitar los efectos perniciosos de

la operación, al consistir en desinversiones o cesión de derechos de propiedad industrial o intelectual que se producen una sola vez. En cambio, los compromisos o remedios de comportamiento, consistentes en autolimitar los derechos subjetivos de las empresas implicadas, como la prohibición de dar instrucciones a las filiales, de controlar a los administradores, de transmisión de información, etc., como son los establecidos en el art. 12 LSE, no suelen imponerse porque exige un seguimiento de la conducta de las partes permanente en el tiempo muy difícil y costoso, y por tanto imposible de ejercer, salvo que se limiten a un tiempo muy reducido¹³. Es más, la medida de privar del derecho al voto correspondiente a las acciones o participaciones de la empresa con la que se tiene un interés contrapuesto, no es efectiva, puesto que tal y como se ha dicho ya, los gestores conocen en cualquier caso el interés de los accionistas¹⁴. Por esto, si *“el riesgo de que la estructura del mercado de resultados de la fusión sea la de un oligopolio cooperativo, las dificultades de prueba de la colusión tácita (incluso las dudas acerca de su prohibición) obligan a utilizar la prohibición de la concentración para garantizar el mercado de la competencia”*¹⁵. Y en España, en las actividades de generación, distribución e incluso comercialización, existe un oligopolio que facilita actuaciones cooperativas y de colusión horizontal. Efectivamente, independientemente de que en cualquier caso resulte más eficiente prohibir la integración vertical en las actividades que estamos estudiando, en el caso español las limitaciones del art. 12 LSE no parecen haber impedido que en la práctica se ejerza el control del grupo. Las empresas que operan en el mercado de generación, distribución e incluso comercialización pertenecen a cuatro grupos de empresas que controlan de forma oligopolística estas actividades y que replican su dominio en cada una de las mismas de forma similar. Resulta así que la constitución de grupos de empresas verticalmente integradas en el sector eléctrico, que la LSE ha contemplado como excepcional en su art. 12. 2, es en la práctica la regla dominante. Si las medidas hubieran sido efectivas e impedido el control del grupo, entonces no existirían de forma similar en los cuatro mercados, puesto que no tendrían incentivo o rentabilidad alguna para el ejercicio de esa política de integración. Y como resultado de ese control efectivo que se da en la práctica, se facilita la colusión horizontal y comportamientos cooperativos entre los grupos para evitar que entren nuevos competidores en otras actividades teóricamente libres, como la comercialización.

De hecho, en España las comercializadoras al margen de las grandes empresas distribuidoras que han constituido su filial comercializadora llegan tan sólo al 23 % de la cuota de mercado, y recuérdese que el papel de éstas es esencial para dinamizarlo y realizar ofertas que puedan bajar los precios. Dada la estructura de mercado, no hay incentivos para que se constituyan nuevas comercializadoras independientes, puesto que resulta difícil competir con las integradas considerando no sólo su poder de mercado, sino

¹³ ALFARO, 2007, IV.

¹⁴ ELHAUGE, 2016, p. 1.315.

¹⁵ ALFARO, 2007, p. 16. Igualmente partidario de prohibir la concentración en los casos de constitución de grupos de empresas en los que existe un riesgo de cooperar para eliminar competencia se muestra ELHAUGE, 2016, pp. 1.268 ss, especialmente 1.303 a 1.315.

sobre todo porque estas últimas disponen de informaciones y controlan otras actividades del mercado eléctrico que les otorga ventajas competitivas difíciles de superar¹⁶. Si las distribuidoras no estuvieran verticalmente integradas con las generadoras, el mercado en el nivel de comercialización sería más abierto y eficiente, lo que presionaría a la baja el precio de la energía, ya que ninguna de las empresas que desempeñaran su actividad en dicho nivel tendría contacto privilegiado alguno con las generadoras. En cambio, estamos ante un holding de empresas generadoras/ distribuidoras con intereses que se presumen en principio obligatoriamente contrapuestos, pero que sólo lo son en apariencia, debido a que los gestores conocen el interés de sus accionistas, que es no competir porque así aumentan beneficios de una forma cómoda. Y los gestores tratan de satisfacerlo, lo que conduce a no competir y coordinar comportamientos en el mercado eléctrico que conducen a un precio supracompetitivo¹⁷.

2.2. Separación efectiva del operador del sistema

El legislador dedica una atención especial a la separación de la gestión de la red de transporte con respecto a las actividades de generación o comercialización por el mayor impacto negativo en la competencia que puede tener que no sea eficiente o igualitario el acceso a la red por todas las empresas interesadas. Se incluyen así una serie de medidas adicionales que pretenden profundizar en esa separación, con el objetivo de *“que una misma persona o personas no puedan ejercer control sobre una empresa de generación o de suministro y, al mismo tiempo, ejercer el control o cualquier derecho sobre un gestor de la red de transporte o una red de transporte. De la misma manera, el control sobre una red de transporte o sobre un gestor de red de transporte debe excluir la posibilidad de ejercer control o cualquier derecho sobre una empresa de generación o suministro”* (Considerando 11 Directiva 2009/72). Se prohíbe así expresamente que la empresa que gestiona la red de transporte pueda integrarse verticalmente en un grupo de sociedades con otras que se dedican a otras actividades en el mercado eléctrico, por lo que hay una separación mayor que la antes expuesta para otras actividades, en las que cabía, como hemos dicho, la constitución de grupos de empresas siempre que se cumplieran una serie de requisitos.

No obstante, la Directiva sigue permitiendo que *“una empresa de generación o suministro puede tener una participación minoritaria en un gestor de red de transporte o en una red de transporte”*. Y la cuestión está en determinar si por más que la participación que se tenga sea minoritaria, ésta no le permitirá ejercer ningún derecho o influir en la decisión de la

¹⁶ Así lo demuestran los informes realizados por la CNMC sobre supervisión de los cambios de comercializador de energía eléctrica y gas (*switching*), que están disponibles desde el segundo trimestre de 2014 en <https://www.cnmc.es/es-es/energ%C3%ADa/cambiodecomercializador/informessupervisi%C3%B3ncambioscomercializador.aspx>. En ellos se aprecia que los cambios se producen, más que a ofertas atractivas derivadas de un alto nivel de competencia, se deben al descontento con una compañía concreta, y suelen cristalizar en el cambio a otra oligopolística, de modo que todas ellas conservan apenas intacta su cuota de mercado.

¹⁷ ELHAUGE, 2016, pp. 1.275-6, expone este efecto para esta clase de holdings, cuyo impacto será diferente en función de las circunstancias.

otra empresa, especialmente cuando las pocas empresas de generación de energía acumulen cada una de ellas la participación minoritaria máxima. Dado que éstas tienen intereses comunes por dificultar el acceso a la red a nuevos competidores y por ello nulos incentivos a la mejora e inversión de la red de transporte para mejorar su capacidad, podrían unir y maximizar la fuerza de sus participaciones minoritarias constituyendo un grupo de decisión muy relevante con intereses contrarios a la entrada de nuevos competidores y a la realización de inversiones que abran la red. Por tanto, la compatibilidad de permitir una participación minoritaria con la separación efectiva tiene que ir acompañada de medidas de gran impacto que minimicen al máximo el poder de estas participaciones, de forma que ni tan siquiera unidas consigan ese objetivo común contrario a la voluntad del legislador y a la eficiencia del mercado.

La Directiva permite a los Estados Miembros optar entre separar patrimonialmente la empresa titular de la red de transporte integrada verticalmente, o la creación de un gestor de red que sea diferente a las empresas titulares de la red de transporte, y a la vez independiente de las empresas de suministro, distribución y generación (artículos 9, 13 y 14). Ahora bien, sea cual fuere la opción que se siga, las medidas de separación o independencia se entienden de la misma manera, siendo las referidas en las letras b, c y d del art. 9.1. Así, España ha optado por la primera de las opciones, ya que Red Eléctrica de España SA, actúa como transportista único y a la vez como operador del sistema y gestor de la red de transporte (artículos 30 y 34 LSE), repitiendo su art. 30.1 el tenor literal las condiciones para garantizar su separación con respecto a las empresas de generación o comercialización, que recoge el art. 9.1 de la Directiva, con alguna muy relevante salvedad que después se comentará.

Las condiciones para garantizar la separación efectiva comienzan con una medida estructural consistente en asegurar que no se forme ningún grupo de empresas que sea capaz de controlar de forma directa o indirecta el operador del sistema (gestor de red de transporte en nuestro caso) y a la vez una empresa de generación o comercialización de energía (prohibición de poseer participaciones accionariales mayoritarias). Esto es, el legislador establece las mismas exigencias tanto respecto a las actividades de generación como de comercialización con el objetivo de que la red de transporte quede abierta en igualdad de condiciones y por tanto de forma no discriminatoria tanto en su entrada como en su salida.

Para evitar que se ejerza una influencia recíproca entre estas empresas en la toma de sus decisiones (separación funcional), se impide que una misma persona física o jurídica forme parte simultáneamente de los órganos de administración de ambas, o que pueda ejercer su derecho a nombrar directamente a uno o varios de los miembros del consejo de administración que le pudieran corresponder en aplicación del sistema de representación proporcional del art. 243 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de Julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (BOE nº 161, de 3.7.2010). Incluso tampoco se podrá ejercer el derecho a voto en la Junta General *“en relación con los órganos de administración o gobierno de las sociedades”*, con la clara intención de que tampoco

les sea posible colocar en el órgano de administración a alguna persona que defienda el interés de la empresa verticalmente integrada. La separación referente a la designación de administradores debe extenderse a los administradores de hecho a los que se refiere el artículo 236.3 de la Ley de Sociedades de Capital. Y por supuesto, también al apoderado general representante voluntario de la empresa, puesto que en éste debe prevalecer la defensa del interés de la empresa representada y para ello no deben confluír intereses personales distintos que pudieran poner en riesgo aquél. Cualquier contravención de las normas de separación dará origen a las sanciones establecidas en la LSE.

No resulta baladí la diferencia entre el artículo 30.1.d. 1º de la ley española y el artículo 9.2.a de la Directiva 2009/72. Mientras que la segunda prohíbe el derecho al voto a las acciones verticalmente integradas en cualquier caso, la ley española restringe únicamente el derecho al voto a los acuerdos que tengan que ver con la designación, ceses o cualquier otra cuestión atinente a *“los órganos de administración y gobierno”*. A primera vista, parece que nuestra ley es más permisiva con dicha limitación, lo que puede constituir un incumplimiento de la Directiva. Ésta entiende que cualquier cuestión a decidir en Junta tendrá un interés más o menos directo en la empresa generadora integrada en la red de transporte, sea de forma más directa o indirecta, y que por eso es preferible impedir en cualquier caso que ejerza el derecho al voto de esas acciones. Efectivamente, ejercer el derecho al voto es una forma de influir en la empresa gestora, por lo que dado que es esto lo que se quiere evitar con la separación efectiva perseguida, es deseable que la prohibición sea total¹⁸.

No obstante, el anterior riesgo resulta de imposible materialización en España, puesto que junto a estas medidas generales exigidas por la Directiva comunitaria, el legislador, ya desde 2007, reformó la LSE introduciendo la Disposición Adicional Vigésimo Tercera, aún vigente, que por un lado limita a un máximo de un 1 % los derechos políticos de *“aquellos sujetos que realicen actividades en el sector eléctrico y aquellas personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital de dichos sujetos con una cuota superior al 5 %”*. Esto reduce esa capacidad de influencia a un límite muy bajo, aunque ciertamente superior al establecido en la Directiva. Pero además de esta limitación, esa Disposición Adicional va mucho más allá de las exigencias comunitarias al establecer una serie de medidas de separación estructural, que impiden prácticamente una integración vertical o influencia relevante de empresas eléctricas en el gestor de la red. Dado que se considera a la red de

¹⁸ En el caso español, si la empresa generadora o comercializadora presente en el capital de la gestora (Red Eléctrica de España) pudiera tener un interés particular en algún acuerdo (política de expansión de la red de transporte, acuerdos en determinadas zonas con distribuidoras para aumentar o mejorar la red, etc.), según el artículo 180.3 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, el socio puede votar, pero *“cuando el voto del socio o socios incursos en conflicto haya sido decisivo para la adopción del acuerdo, corresponderá, en caso de impugnación, a la sociedad y, en su caso, al socio o socios afectados por el conflicto, la carga de la prueba de la conformidad del acuerdo al interés social”*. Esto supone por un lado un coste elevado, tanto por la comprobación como por la necesidad de recurrir el acuerdo social ante los Tribunales. Por no hablar de los efectos que éste hubiera podido tener frente a terceros incluso aunque finalmente se declare su nulidad.

transporte un servicio esencial, se exige por ley que al menos el 10 % del capital esté controlado por la SEPI (en la actualidad posee el 20 %). Además, impide que una misma empresa o grupo de empresas, tanto de forma directa como indirecta, pueda controlar o adquirir más del 5 % del capital, en cuyo caso tampoco podrán ejercer derechos políticos (voto y otros), por encima del 3 %. Y como hemos dicho, si son empresas de otras actividades del sector eléctrico, nunca por encima del 1 %. Ciertamente, al trasponer la Directiva 2009/72, se debería haber suprimido en cualquier caso el derecho al voto para cumplirla formalmente. Sin embargo, a diferencia de la Directiva, que sólo exige como medida o remedio estructural no controlar la sociedad (no estar en el mismo grupo) sin establecer un porcentaje máximo de propiedad de las acciones aunque no se produzca ese control, la ley española reduce éste hasta un 5 % para cualquier empresa¹⁹. Y junto a ello, limita incluso *de facto* la posibilidad de influencia de esta participación reduciendo sus derechos políticos al 1 % para empresas del sector eléctrico, y al 3 % para el resto de sociedades, de modo que se garantiza un control público a través de la participación de la SEPI. Tampoco se permite, lógicamente, que Red Eléctrica participe en el accionariado de otras empresas del sector eléctrico ni directamente ni a través de sus filiales.

Estas medidas estructurales vigentes en España, complementadas por algunos remedios de comportamiento, consiguen la “separación efectiva” si nos atenemos a la actual composición del accionariado de Red Eléctrica, en el que no existen participaciones significativas (más del 3 % del capital social) de empresas generadoras o comercializadoras de electricidad²⁰. Las medidas derivadas únicamente de la Directiva europea, podrían ser tal vez insuficientes si no se acompañan de una medida o remedio estructural serio que limite la opción de controlar la entidad gestora del transporte a un porcentaje reducido, como se hace por ejemplo en el caso español. Es más, la medida de privar del derecho al voto correspondiente a las acciones o participaciones de la empresa con la que se tiene un interés contrapuesto, no es efectiva, puesto que tal y como se ha dicho ya (*supra* 2.1), los gestores conocen en cualquier caso el interés de los accionistas y los incentivos estructurales conducen a que actúen acorde con ellos²¹.

2.3. Separación efectiva del operador del mercado

Finalmente, nos queda el análisis de las medidas de separación contempladas para el operador del mercado (OMIE en el caso español), que son también diferentes a las del resto de actividades. Ciertamente, su papel en el mercado eléctrico es el de mero intermediario, ya que “asumirá la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en el mercado diario” (art. 29. 1 LSE). Y como cualquier intermediario, “ejercerá sus funciones respetando los principios de transparencia, objetividad e independencia” (art. 29.1 LSE). Esto es, la

¹⁹ De este modo parece complicado que se pueda superar el índice de concentración IHH 2500, que en principio parece la frontera en la que comienza el riesgo de que desaparezca la competencia entre empresas con intereses contrapuestos, ELHAUGE, 2016, pp. 1.266-1.267, 1.271 y 1.301.

²⁰ <http://www.ree.es/es/accionistas-e-inversores/la-accion/accionariado>

²¹ ELHAUGE, 2016, p. 1.315.

necesidad de preservar su independencia con respecto a las empresas que participan en el resto de actividades del sector eléctrico, no deriva de los peligros que puede generar una integración vertical de empresas que pueda provocar una extensión de un dominio oligopolístico al resto de niveles o eslabones en la cadena de producción, ya que el operador de mercado no es un eslabón de dicha cadena. Más bien deriva de la necesidad de que todo intermediario y garante del buen funcionamiento de un mercado sea imparcial, y por tanto, acredite que no tiene un interés concreto particular que coincida con el de una o varias empresas que participan en el mercado y que pudieran ocasionarle al operador un conflicto de intereses entre el público y el privado que impidiera el correcto funcionamiento del mismo. Esto es, para evitar riesgos de favorecer a una o varias empresas que intervienen en ese mercado en el lado de la oferta o en el de la demanda.

Efectivamente, el gestor de cualquier mercado recibe órdenes de compra y venta e información sensible cuyo conocimiento inmediato por cualquiera de las partes podría condicionar su comportamiento y alterar así el funcionamiento transparente de la ley de la oferta y la demanda, favoreciendo a una o varias empresas. Por si esto no fuera suficiente, téngase presente que en el caso español, tanto en el mercado de generación como en el de comercialización hay unos pocos grupos empresariales que mantienen una posición dominante en ambos, por lo que dada la estructura oligopolística, la transmisión o conocimiento de cierta información facilita enormemente la colusión horizontal, de forma que dichos grupos realicen prácticas concertadas o cooperativas, sin casi necesidad de hablar, que altere el precio final de mercado en función de sus intereses comunes.

Ante esta realidad, y con la finalidad de garantizar la transparencia y objetividad, el art. 29.1 LSE establece que ninguna persona física o jurídica podrá controlar directa o indirectamente más del 5 % del capital social del operador de mercado, permitiendo, eso sí, que empresas que participen en el sector eléctrico puedan ser titulares de las mismas siempre que la suma del porcentaje de acciones de todas ellas no supere el 40 % del capital social total. Pues bien, si nos atenemos a la composición del accionariado de OMEL, el operador español, las eléctricas han mostrado un interés incuestionable en formar parte del capital de esa sociedad, puesto que son titulares del 40 % del operador de mercado (el máximo permitido). Si a ello añadimos que en el resto del capital hay algunas empresas que si bien no operan directamente en el sector, sí tienen intereses adyacentes al mismo, la conclusión es que existe un riesgo potencial excesivo de control del mercado diario a través de su gestor, así como de transmisión de información sensible que facilite la colusión horizontal y la distorsión del juego adecuado de la oferta y la demanda. Incluso no existe en la ley normas de comportamiento alguno que tiendan a asegurar que esto no se produzca. La composición del accionariado del operador junto a la estructura oligopolística de los mercados de generación y comercialización, oferentes y demandantes en el mercado diario y a su vez socios del operador, facilitan la transmisión de la información y comportamientos colusorios y distorsionadores del mercado que pueden alterar el precio de la electricidad en el mercado diario.

Que detrás de esas participaciones relevantes de empresas del sector y adyacentes esté presente únicamente el interés de obtener rentabilidad económica a las inversiones parece una explicación demasiado sencilla. Pero sea como fuere, no debe olvidarse que la tendencia actual en toda empresa es reforzar las normas de transparencia y evitar conflictos de intereses aunque éstos no se materialicen en decisiones lesivas concretas. Esto es, si las normas de buen gobierno de las entidades tanto públicas como privadas, y más tradicionalmente las que son aplicables a intermediarios, evitan a toda costa posibles conflictos de intereses, parece que en el caso del operador de mercado debería hacerse lo mismo. Y no cabe duda que las empresas del sector eléctrico que forman parte y por tanto influyen en las decisiones del operador al menos en un 40 %, son a la vez oferentes y/o demandantes en ese mercado y por tanto tienen un interés particular que colisiona con el general y con la función que la propia ley le encomienda al operador. En definitiva, para garantizar la transparencia, independencia y buen funcionamiento del mercado, y por ende reforzar la confianza en el mismo, parece recomendable que la ley prohíba directamente a las empresas que realicen actividades en el sector eléctrico participar en el accionariado del operador del mercado. Ser gestor imparcial y garante del buen funcionamiento del mercado y a la vez participara en él como oferente y/o demandante es incompatible.

3. Conclusiones

En el mercado eléctrico existe un monopolio natural en las actividades de transporte y distribución; y rige el mercado libre en las de generación (producción) y comercialización, aunque con poder de mercado por parte de unas pocas empresas. Dadas las anteriores circunstancias, la estructura de mercado ideal o más competitiva entre las posibles y la buscada por la normativa comunitaria parte de una limitación a la integración vertical o posibilidad de realizar tales actividades reguladas (transporte y distribución), junto a las de generación y comercialización ("libres"). La red de transporte no debe estar controlada por empresas que intervengan en la generación o distribución. La razón es que la no separación de estas actividades extendería los efectos distorsionadores del monopolio natural al resto de actividades en las que puede existir competencia. Esto es, el punto de partida y objetivo de la regulación es la prohibición de la realización simultánea o separación efectiva de actividades reguladas y no reguladas, así como de las reguladas entre sí.

Sin embargo, las medidas de separación efectiva que la ley ha ido estableciendo han tenido un alcance limitado. Dado que los riesgos que conlleva la concentración no son los mismos en todo caso ni responden a razones idénticas, tampoco las medidas establecidas por la legislación para garantizar la separación han sido las mismas. Se ha combinado una serie de medidas estructurales con otras de comportamiento (limitativas de derechos), pero las primeras suelen ser mucho más efectivas que las segundas, siendo además el seguimiento de estas últimas de un coste elevado.

En lo que se refiere a las medidas de separación entre las actividades de distribución con respecto a las de generación y comercialización (art. 12 LSE), son exclusivamente de

comportamiento, y no han sido efectivas, al menos en España. De hecho, las empresas que operan en el mercado de generación, distribución e incluso comercialización pertenecen a unos pocos grupos de empresas que controlan estas actividades. Como resultado de ese control efectivo se facilitan comportamientos que dificultan la entrada de nuevos competidores en actividades teóricamente libres y con pocas barreras estructurales a la entrada, como la comercialización. Efectivamente, en España las comercializadoras al margen de las grandes empresas distribuidoras, que han constituido su propia filial comercializadora, tienen poca cuota de mercado, y su papel sería esencial para garantizar la competencia en el mercado y que puedan bajar los precios al consumidor. Dada la estructura de mercado, resulta difícil para las comercializadoras independientes poder competir con las integradas, dado no sólo su poder de mercado, sino sobre todo porque estas últimas disponen de información y controlan otras actividades del mercado eléctrico, lo que les otorga ventajas competitivas difíciles de superar. Con un menor grado de integración vertical, el mercado en el nivel de distribución y comercialización sería más abierto y eficiente, lo que presionaría a la baja el precio de la energía. Las empresas distribuidoras actuarían únicamente en su propio interés, esto es, el de competir consiguiendo precios más bajos para sus clientes. En cambio, a día de hoy, al estar participadas por empresas generadoras oferentes de esa electricidad en el mercado, actúan acorde con ese interés, por lo que los incentivos estructurales les conducen a no competir.

Distinto es el caso de la entidad gestora del transporte, Red Eléctrica S.A. en el caso español, donde junto a algunas medidas de comportamiento se recoge la enérgica medida estructural de prohibir que la empresa que gestiona la red de transporte pueda integrarse verticalmente en un grupo de sociedades con empresas que actúan en otras actividades del mercado eléctrico. La ley española va más allá que la Directiva comunitaria en las limitaciones estructurales, al establecer que una empresa sólo podrá controlar de forma directa o indirecta hasta un 5% de las acciones del operador del sistema. Y, junto a ello, limita incluso *de facto* la posibilidad de influencia de esta participación reduciendo sus derechos políticos al 1% para empresas del sector eléctrico, y al 3% para el resto de sociedades, garantizando a la vez un control público a través de la participación de la SEPI. Estas medidas consiguen la “separación efectiva” si nos atenemos a la actual composición del accionariado de Red Eléctrica, en el que no existen participaciones significativas (más del 3% del capital social) de empresas generadoras o comercializadoras de electricidad.

Finalmente, en lo que se refiere al operador de mercado (OMIE), la necesidad de garantizar la separación no deriva de los peligros que puede generar una integración vertical de empresas que pueda provocar una extensión del poder de mercado al resto de niveles o eslabones en la cadena de producción, ya que el operador de mercado no es un eslabón de dicha cadena. Más bien deriva de la necesidad de que todo intermediario y garante del buen funcionamiento de un mercado sea imparcial, y por tanto, acredite que no tiene un interés concreto particular que coincida con el de una o varias empresas que participan en el mercado y que pudieran ocasionarle al operador un conflicto de intereses entre el público y el privado que impidiera el correcto funcionamiento del mismo. El art. 29.1 LSE establece que ninguna persona física o jurídica podrá controlar directa o indirectamente

más del 5% del capital social del operador de mercado, permitiendo, eso sí, que empresas que participen en el sector eléctrico puedan ser titulares de las mismas siempre que la suma del porcentaje de acciones de todas ellas no supere el 40% del capital social total. Pues bien, las empresas eléctricas han alcanzado entre todas ese tope, y si tenemos en cuenta que en el resto del capital hay algunas empresas que si bien no operan directamente en el sector, sí tienen intereses adyacentes al mismo, la conclusión es que existe un riesgo potencial excesivo de control del mercado diario a través de su gestor, así como de transmisión de información sensible que altere el juego adecuado de la oferta y la demanda. Para garantizar la transparencia, independencia y buen funcionamiento del mercado, y por ende reforzar la confianza en el mismo, parece recomendable que la ley prohíba a las empresas que realicen actividades en el sector eléctrico participar en el accionariado del operador del mercado.

En definitiva, existe un holding con posición de dominio y alto grado de concentración en nuestro sector eléctrico, que genera precios por encima de su nivel competitivo y trae consecuencias negativas para la economía tanto a corto como a medio y largo plazo. Es urgente acabar con él.

4. Tabla de resoluciones

<i>Sala y fecha</i>	<i>Ponentes</i>	<i>Empresa</i>
Consejo CNC, 8-11-2011	María Jesús González López	<i>E On</i>
Consejo CNC, 21.2.2012	Inmaculada Gutiérrez Carrizo	<i>Endesa</i>
Consejo CNC, 24.2.2012	Luis Diez Martín	<i>Iberdrola</i>
Consejo CNC 11.6.2012	Inmaculada Gutiérrez Carrizo	<i>Endesa</i>

5. Bibliografía

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2007), “Los problemas de las soluciones: compromisos en el control de concentraciones”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 1/2007, págs. 79 a 129.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2017), “Competencia y cooperación entre las élites en las sociedades modernas con una coda sobre la idea más importante del mundo después de la de la evolución”, <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2017/01/competencia-y-cooperacion-entre-las.html>

COMISIÓN EUROPEA (2007), “Perspectivas del mercado interior del gas y la electricidad”, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo de 10 enero de 2007*.

COMISIÓN EUROPEA (2007), “Una política energética para Europa”, *Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento europeo de 10 de enero de 2007*.

COMISIÓN EUROPEA (2008), *Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*, Diario Oficial de la Unión Europea, 18-10-2008.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (2015), *Informe anual de supervisión de los cambios de comercializador*, https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Energia/Informes/CambioSuministrador/20160621_IS_DE_014_15_cambio_comercializador_a%C3%B1o2015.pdf

Einar ELHAUGE (2016), "Horizontal shareholding", *Harvard Law Review*, 129, págs. 1267 a 1317.

Paul KRUGMAN (2014), "The profits-Investment Disconnect", *New York Times*, https://krugman.blogs.nytimes.com/2014/10/24/the-profits-investment-disconnect/?_r=0

Heung Jin KWON (2017), "Executive Compensation under Common Ownership", https://065274c3-a-62cb3a1a-sites.googlegroups.com/site/heungjinkwon/files/HeungJinKwon_JMP.pdf?attachauth=ANoY7cqQdSC-Xnb8DeHgl6CPLqMosUIU4H77ir8-ooQ-y8horE0eqpzr6ykgA-c6omSkIRRp4ovS2fCA21fl_DaOYWwaav48b0n_24GSyEMdwqULdIheI9I55z0GGtnl2EMvVkOevjRtAsaCqfH-an61S3Z-qd51KwVvgl9qyqvgOY8CG_Q_1lqK-cJnt4orrbiJLGvZUw5Yj1fGzYSBkEtub6PZGzPvmLJ9_qNEZcMhXzpfyW1Pk0%3D&attredirects=1

Julián LÓPEZ MILLA (2007), "La integración vertical de los negocios de gas y electricidad: posibles efectos sobre la competencia en los mercados afectados", *Economía Industrial*, 364/2007, págs. 125 a 137.

Aitor ZURIMENDI ISLA (2006), *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Civitas, Madrid.