

Unclassified

DAF/COMP/LACF(2014)15

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

26-Aug-2014

Spanish - Or. English

**DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS
COMPETITION COMMITTEE**

**LATIN AMERICAN COMPETITION FORUM (Spanish Version)
FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA**

**Sesión II - Los Mercados de la Electricidad en América Latina:
Integración Regional y Cuestiones Relativas a la Competencia**

-- Contribución de España --

16-17 de septiembre 2014, Montevideo, Uruguay

Se hace circular el documento adjunto elaborado por España PARA SU DEBATE en la Sesión II del Foro Latinoamericano de Competencia que se llevará a cabo los días 16 y 17 de septiembre de 2014 en Uruguay.

Contacto: Ania Thiemann, Gerente de relaciones globales, División de la Competencia de l'OCDE
Tel: +33 1 45 24 98 87, Correo electrónico: Ania.Thiemann@oecd.org.

JT03361322

Complete document available on OLIS in its original format

This document and any map included herein are without prejudice to the status of or sovereignty over any territory, to the delimitation of international frontiers and boundaries and to the name of any territory, city or area.

DAF/COMP/LACF(2014)15
Unclassified

Spanish - Or. English

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA



16-17 de septiembre de 2014 • Montevideo • Uruguay

Sesión II - Los Mercados de la Electricidad en América Latina: Integración Regional y Cuestiones Relativas a la Competencia

LA CNMC: UN MODELO DE INTEGRACIÓN DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA Y DE LA AUTORIDAD REGULADORA DEL SECTOR DE LA ENERGÍA EN ESPAÑA

-- CONTRIBUCIÓN DE ESPAÑA --

1. Antecedentes

1. La Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos (LSH) configuró la ahora extinta **Comisión Nacional de la Energía** (CNE) como el ente regulador con la función de velar por el buen funcionamiento de los mercados energéticos, electricidad, gas natural, hidrocarburos líquidos y GLP envasados, así como por el mantenimiento de una competencia efectiva en los mismos, persiguiendo siempre el beneficio del consumidor. España
2. Asimismo, la Ley 15/2007, de 3, de defensa de la competencia (LDC), en su artículo 12, estableció que la también ahora extinta **Comisión Nacional de Competencia** (CNC) era el organismo encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional.
3. Ambos organismos, CNE y CNC, han ejercido un papel fundamental en la liberalización de los mercados de gas y electricidad y, en particular, en la supervisión del cumplimiento de la competencia de los mercados mayoristas y minoristas de dichos sectores, cada uno ejerciendo las funciones que legalmente tenían encomendadas: la CNE como organismo técnico regulatorio de sectores energéticos regulados, como lo es el sector eléctrico, y la CNC como autoridad del control *antitrust* de los sectores económicos, incluido el sector eléctrico.
4. Tanto la LSH como la LDC, establecían mecanismos de coordinación en la labor de supervisión del mercado y en el control de concentraciones económicas en el sector energético.
5. En relación al sector eléctrico, la extinta CNE podía hacer propuestas regulatorias con el objetivo de promover la competencia de los sectores regulados. Asimismo, podía incoar o instruir procedimientos sancionadores por incumplimiento de la normativa sectorial en el mercado mayorista y minorista de

electricidad, si bien no era administración competente para resolver sancionadores por dichos incumplimientos. Por otra parte, si derivado de la supervisión del mercado mayorista o minorista de electricidad, la extinta CNE detectaba conductas que pudieran suponer el incumplimiento de la LDC, dichos expedientes se debían remitir a la extinta CNC, de acuerdo con la función 12 de la LSH y el artículo 17.2. a) de la LDC relativos a la obligación de informar a la extinta CNC de indicios de prácticas anticompetitivas.

6. Adicionalmente, la extinta CNE era administración competente para resolver conflictos tanto de acceso a la red de transporte, como de gestión económica y técnica.

7. En materia de concentraciones sobre el sector energético y en particular sobre el sector eléctrico, la extinta CNE remitía como órgano técnico especializado, con mayor disponibilidad de datos del mercado analizado, a la extinta CNC, informe preceptivo determinante, tal y como señalaba la Ley 2/2011 de Economía Sostenible. Se trataba de un informe de requerimiento obligatorio, determinante en su contenido si bien no vinculante. También dicha Ley planteaba la remisión por la extinta CNE a la Autoridad de la competencia, de propuestas normativas que pudieran afectar a la competencia para su consideración.

8. La entrada en vigor de la **Ley 3/2013** ha supuesto en España la integración en un solo organismo, la **Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**, de determinadas entidades supervisoras de los sectores regulados (Comisión Nacional de Energía, Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, Comité de Regulación Ferroviaria y Comisión Nacional Postal), junto con la Autoridad de Competencia, la extinta Comisión Nacional de Competencia (CNC). En la exposición de motivos de dicha Ley se aducen, entre otras, las siguientes razones de dicha integración:

1. El aprovechamiento de las economías de escala derivadas de las funciones de supervisión semejantes y de la puesta en común de los conocimientos y experiencia.
2. La ventaja de realizar una supervisión integrada de sectores regulados con industrias de red y características de monopolio natural en alguna fase de la actividad.

9. A ello cabría añadir que algunas conductas son susceptibles de ser analizadas tanto desde la perspectiva de la competencia (artículos 1, 2 y 3 de la LDC) como desde la sectorial, y, por tanto, las actuaciones preliminares de ambas autoridades podían suponer un cierto solapamiento y un riesgo de conclusiones contradictorias.

10. En este sentido, cabe destacar, por ejemplo, que la nueva regulación del abuso de los mercados mayoristas de electricidad y gas en Europa (Reglamento 1127/2011 REMIT) tipifica como abuso de mercado, tanto el uso de información privilegiada como la manipulación de precios en dichos mercados (conductas para las que no es necesario demostrar una posición de dominio) y señala que la autoridad supervisora es ACER en colaboración con las autoridades reguladoras energéticas nacionales que serán además las autoridades que puedan sancionar su incumplimiento.

11. Otro ejemplo puede encontrarse en el mercado minorista, en las conductas consistentes en el incumplimiento de la normativa de cambio de suministrador, bien constitutivo de infracción del artículo 3 de la LDC si éste supusiera falseamiento de la libre competencia que afectara al interés público, bien de la mera infracción sectorial de falta de consentimiento expreso o de falta de incumplimiento de disposición de la documentación exigible por normativa energética vigente.

12. Existe por tanto un conjunto de conductas cuyo análisis, dadas las características de estos sectores, requiere, además de los conocimientos técnicos de cada mercado, un análisis conjunto que permita identificar tanto la base jurídica más apropiada como el know how necesario para analizar cada conducta de la forma más eficiente posible.

13. La integración en un mismo organismo, en principio, debería permitir identificar más fácilmente los casos de conductas anticompetitivas por incumplimiento de la ley sectorial o de competencia, evitando actuaciones redundantes y sin duplicidades, dirigiendo todos los esfuerzos a la efectiva eliminación de este tipo de comportamientos en los mercados.

14. A continuación se enumeran las novedades en materia energía y de competencia que supone la creación CNMC, se describen los criterios de cooperación reglada y no reglada y, por último se aportan sucintamente algunas conclusiones.

2. Energía y Competencia en la CNMC

15. Con la creación de la CNMC, se configura una **Dirección de Competencia** con la atribución de todas las funciones de instrucción recogidas en la LDC, previstas en el artículo 5 de la Ley 3/2013, que seguirán ejerciéndose manteniendo la unicidad, coherencia y el carácter horizontal de la normativa de defensa de la competencia, y una **Dirección de Energía** a la que le corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones de supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, previstas en los artículos 7 y 12.1b) de la Ley 3/2013, y todas aquellas añadidas en la Ley 24/2013, del sector eléctrico (funciones realizadas por OCSUM en relación con la supervisión del cambio de suministrador, sancionadores en materia eléctrica aplicables por la CNMC en el ejercicio de sus funciones, supervisar por la protección del consumidor y proponer medidas a partir de decisiones jurídicas vinculantes).

16. Bajo la nueva Ley 3/2013, la Dirección de Competencia mantiene íntegramente todas las funciones que le atribuía la Ley anterior, la LDC, que básicamente se refieren a la instrucción de procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas y el control de concentraciones económicas.

17. Por su parte, entre las funciones de la Dirección de Energía cabe destacar las de supervisión de separación de actividades, y en particular la separación funcional y de cuentas de las actividades reguladas, con el objeto de evitar subvenciones cruzadas entre estas actividades y las liberalizadas, velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos relacionados con los cambios de suministrador, supervisar la adecuación de los precios y condiciones de suministro a los consumidores finales, garantizar la transparencia y competencia en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, incluyendo el nivel de precios al por mayor y velar por que las empresas de gas y electricidad cumplan las obligaciones de transparencia, supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia tanto en el mercado mayorista como en el minorista, incluidas las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y gas natural, y las subastas reguladas de contratación a plazo de energía eléctrica y determinar con carácter anual los operadores dominantes y principales, así como el resto de funciones relativas a dichos operadores de acuerdo con lo dispuesto en el RD-L 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

18. Por otra parte, la nueva Ley (art. 21.2) crea dentro del Consejo de la CNMC, como órgano de resolución dos salas: la **Sala de Competencia** y la **Sala de Supervisión Regulatoria**. Las salas conocerán de los asuntos que no estén expresamente atribuidos al pleno. Reglamentariamente se determinan los supuestos en los que, correspondiendo el conocimiento de un asunto a una de las salas, debe informar la otra con carácter preceptivo, mediante la emisión del llamado **informe cruzado**.

3. Cooperación reglada

19. Como se ha señalado, la propia Ley 3/2013 prevé mecanismos de coordinación entre Salas con el fin de asegurar la coherencia en la aplicación de las normativas sectoriales y de competencia y favorecer las sinergias en los procedimientos que pudieran afectar a ambas. Para ello, el artículo 21 de la ley 3/2013 define un mecanismo de informes “cruzados” que deberán emitirse entre ambas salas sobre determinados asuntos.

20. Concretamente, establece que en todo caso deberá emitirse informe en los siguientes asuntos:

- Por la Sala de Competencia, en los procedimientos que afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados;
- Por la Sala de Supervisión regulatoria, en los procedimientos en materia de defensa de la competencia que estén relacionados con los sectores regulados.

Tabla 1: Informes cruzados de la Dirección de Energía

	Procedimientos instruidos por Dirección de Competencia
Informe Sala de Supervisión Regulatoria	• Aplicación de Ley 15/2007 en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, así como artículos 101 y 102 TFUE en sectores regulados • Expedientes de control de concentraciones en sectores regulados • Estudios e Informes de promoción de la competencia en sectores regulados

Tabla 2: Informes cruzados de la Dirección de Competencia en materia de energía

	Procedimientos instruidos por Dirección Energía
Informe Sala de Competencia	• Procedimientos sancionadores • Transparencia y competencia en el sector eléctrico y del gas natural • Grado y efectividad de apertura del mercado • Exclusión conductas discriminatorias • Operadores principales y dominantes • Certificación de separación de actividades • Acceso de terceros a redes de distribución y transporte

21. Por su parte, el Estatuto orgánico de la CNMC (RD 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC) establece en su artículo 14.2 los supuestos concretos en los que debe solicitarse informe y en el artículo 12.2 los asuntos que en todo caso serán competencia del pleno formado por ambas salas, entre los que se incluyen expresamente *“aquellos en que se manifieste una divergencia de criterio entre la Sala de Competencia y la de Supervisión regulatoria”* y *“los asuntos que por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión, recabe para sí el Pleno, por mayoría de seis votos y a propuesta del Presidente o de tres miembros del Consejo”*.

22. Sin embargo, ni la Ley ni el estatuto se pronuncian sobre la petición del informe ni sobre la elaboración y tramitación del mismo, para lo cual debe recurrirse a mecanismos de cooperación informal entre Direcciones que aseguren el funcionamiento interno de la Comisión minimizando tiempos y trámites. A este respecto, cabe señalar que frente a los informes preceptivos determinantes anteriores que se emitían entre organismos reguladores y de competencia, los informes cruzados obviamente no suspenden el plazo máximo de resolución de los procedimientos, en beneficio del administrado.

4. Cooperación no reglada

23. La exigencia de un enfoque integrador de regulación y competencia en los procedimientos que se tramiten por la CNMC en sectores regulados no pueden ir en contra de la agilidad del procedimiento y la debida seguridad jurídica de los agentes que tomen parte en los mismos. Es por ello que, además de la cooperación prevista reglamentariamente, se hace necesario en el seno de la nueva Comisión una intensa coordinación que necesariamente debe partir de la cooperación informal entre Direcciones y Subdirecciones.

24. En el escaso año de vida de la nueva Comisión, son muchas las ocasiones en las que se ha puesto de manifiesto la necesidad de esta cooperación no reglada, dirigida a maximizar las sinergias del nuevo organismo y minimizar los tiempos y trámites internos para ello.

25. Un claro ejemplo se produjo en la instrucción del expediente de concentraciones C-550/14 REPSOL/PETROCAT, que culminó con la autorización de la toma de control exclusivo de PETROCAT por REPSOL sujeta a una serie de compromisos presentados por las partes. Si bien la competencia en la instrucción del procedimiento recaía, de acuerdo con la LDC, en la Dirección de Competencia y su resolución, de acuerdo con la Ley 3/2013, en la Sala de Competencia, la incidencia de la operación en el sector de hidrocarburos líquidos hacía no solo necesaria sino especialmente beneficiosa la contribución de la Dirección de Energía al análisis de los efectos de la operación, concretamente de los precios en los entornos competitivos en los que se producían solapamientos entre las estaciones de servicio de las partes.

26. Igualmente, en el sector eléctrico, cabe citar la reciente resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 10 de julio de 2014 por la que se impone una multa de 1,18 millones de euros a Endesa por abuso de posición de dominio en el mercado de instalaciones eléctricas reservadas al distribuidor. En el marco de dicho expediente sancionador tramitado por la Dirección de Competencia, ésta solicitó abundante información técnica a la Dirección de Energía relativa, entre otras, a cuotas de mercado en distribución de electricidad, documentación explicativa de la metodología de cálculo de la retribución a la inversión de las distribuidoras de electricidad o Informes anuales de cálculo de retribuciones de la actividad de distribución de electricidad. Asimismo, la Sala de Supervisión Regulatoria del Consejo de la CNMC analizó la propuesta de resolución elevada por la Dirección de Competencia y emitió informe cruzado favorable en aplicación del ya mencionado artículo 21 de la Ley 3/2013.

27. A ello deben añadirse los numerosos proyectos normativos e informes de supervisión elevados por la Dirección de Energía a la Sala de Supervisión regulatoria para su aprobación que han sido previamente analizados por la Dirección de Competencia y sometidos a informe cruzado de la Sala de Competencia.

28. Conviene insistir en que el informe cruzado, lejos de pronunciarse categóricamente sobre aspectos concernientes al fondo del asunto cuyo análisis y decisión corresponda a la otra Sala, persigue aportar información que permita mejorar el análisis y la fundamentación de la resolución que se dicte, sin menoscabo de las competencias exclusivas que tiene atribuidas cada Sala y Dirección.

5. Algunas conclusiones

29. Transcurrido casi un año de vida desde la creación de la CNMC, la nueva Comisión ha tramitado múltiples procedimientos que afectaban simultáneamente a la normativa sectorial y de competencia, no sólo en el campo de la energía sino también de las telecomunicaciones, sector postal, ferroviario, aeroportuario y audiovisual. En este primer año la puesta en marcha de la cooperación reglada se ha traducido en numerosos informes cruzados de una sala a otra que han permitido reforzar decisiones y resoluciones concernientes a estos sectores regulados.

30. El enfoque integrador perseguido con la reforma ha exigido una profunda reflexión de los procedimientos y trámites, en algunos casos muy dispares, que seguían los organismos anteriores integrados en la CNMC, con el fin de encajar los nuevos trámites previstos en plazo y forma (en particular, la emisión de informes cruzados o la elevación de temas al Pleno del Consejo).

31. A ello debe sumarse la creciente cooperación no reglada, que si bien supone un gran reto en una institución formada por más de 500 trabajadores de formaciones y perfiles muy diversos, resulta del todo necesaria para alcanzar los objetivos propuestos con la reforma del modelo institucional: contribuir al funcionamiento eficiente de los mercados, garantizando la seguridad jurídica y confianza institucional de los operadores y la protección de los consumidores.