

WORKING PAPER N° 40

**PROBLEMAS DE COMPETENCIA  
EN LOS SECTORES ENERGÉTICOS:  
¿CAMPEONES O MERCADOS?**

**Por:**

**Gaspar Ariño Ortiz**

**Catedrático de Derecho Administrativo  
Socio-Director ARIÑO Y ASOCIADOS ABOGADOS**

Madrid, octubre de 2008

## ÍNDICE

|                                                                                              |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1. EL CAMBIO RADICAL DE MODELO DE REGULACIÓN .....</b>                                    | <b>1</b>  |
| <b>2. EL MODELO DE COMPETENCIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO.....</b>                               | <b>3</b>  |
| <b>3. EL LIBRO BLANCO DE 2005: SÍNTESIS Y PROPUESTAS.....</b>                                | <b>5</b>  |
| <b>4. LA INCOHERENCIA DE LAS POLÍTICAS EUROPEAS.....</b>                                     | <b>9</b>  |
| <b>5. EL ARGUMENTO FALSARIO DE LOS “CAMPEONES EUROPEOS”.....</b>                             | <b>12</b> |
| <b>6. CAMPEONES O MERCADO: ¿QUÉ ES MEJOR PARA UN PAÍS? .....</b>                             | <b>14</b> |
| <b>7. EL CAMINO DE VUELTA HACIA UNA REGULACIÓN INTRUSIVA .....</b>                           | <b>17</b> |
| <b>8. LA JURISDICCIÓN COMUNITARIA Y/O NACIONAL SOBRE CUESTIONES DE<br/>COMPETENCIA .....</b> | <b>18</b> |
| <b>9. UNA CONSIDERACIÓN FINAL.....</b>                                                       | <b>22</b> |

# PROBLEMAS DE COMPETENCIA EN LOS SECTORES ENERGÉTICOS: ¿CAMPEONES O MERCADOS?

## 1. El cambio radical de modelo de regulación

Hemos vivido en estos últimos diez años un proceso de cambio profundo en el modelo de regulación de los sectores energéticos. He escrito “proceso” porque éste no ha terminado; nos encontramos todavía en él y el objetivo que falta por consolidar es justamente lo que constituye el tema de esta ponencia, a saber: el logro de una competencia efectiva y real en el mercado eléctrico y gasista, especialmente en el primero.

Como es bien sabido, el nuevo modelo de regulación se asienta sobre principios que son la antítesis del modelo tradicional del *cost plus*: planificación empresarial (frente a la planificación estatal vinculante), explotación descentralizada (frente a la explotación unificada del “marco legal estable”) y retribución en base a precios libremente ofertados (frente a la retribución en base a costes estándares). La esencia del modelo de competencia regulada es el mercado (al por mayor y al por menor), es decir, el protagonismo de las empresas y los precios. En él, la competencia es el instrumento principal para lograr una mayor eficiencia, complementada con una regulación que tendrá un alcance y un sentido por completo diferentes al tradicional. La regulación tradicional venía a sustituir al mercado. Ésta viene a recrear el mercado.

Ahora bien, en el sector eléctrico la competencia no podrá ser nunca igual a la que existe entre productos y mercancías ordinarias. En él hay que introducir competencia... en lo posible, diferenciando lo que son expectativas razonables de lo que son aspiraciones irreales. Hay que empezar por decir con toda claridad que la competencia efectiva en la electricidad es difícil, muy difícil. El poder de mercado, la colusión entre operadores y la elevación de los precios en el mercado spot es algo que surge a cada paso por las características mismas de la electricidad y de este mercado, a las que más adelante nos referiremos. La competencia efectiva, eficiente y practicable, en el sector eléctrico, será siempre una competencia entre pocos, aunque

tienen que ser suficientes y en condiciones de actuar competitivamente, sin dominio sobre los precios.

El sector energético, en todas sus modalidades (gas, electricidad, petróleo) presenta en todo el mundo una tendencia inexorable a ganar tamaño empresarial (más adelante nos ocuparemos algo de esto) y hay para ello múltiples razones en las que ahora no podemos entrar (economías de escala, exigencia de grandes inversiones con largos plazos de maduración, lograr buenas condiciones de negociación y otras). Ahora bien, esto es algo que fácilmente conduce a una estructura empresarial en la que algunos operadores gozan de un poder de mercado que falsea la competencia. Es por todo ello que los mercados energéticos serán siempre mercados *regulados*, mercados *imperfectos*, mercados *supervisados*. Serán siempre –podíamos decir- un “mal mercado”, un mercado difícil; pero es mejor un mal mercado que la ausencia de todo mercado (como sucedía en el modelo tradicional). Y la experiencia de estos diez años ha puesto de manifiesto las ventajas que éste ha traído consigo, a pesar de todas sus imperfecciones.

La clave del éxito de todo “mal mercado” es una buena regulación. Como es sabido, “liberalizar” no quiere decir desregular y en el sector energético menos que en ningún otro. Liberalizar quiere decir abrir mercados, romper monopolios; y para ello hace falta una buena regulación en la que se apoya el mercado, que llamaremos “regulación para la competencia”. No es, como antaño, una regulación sustitutiva del mercado (ni un monopolio público incontrolado) sino una regulación complementaria y subordinada al mercado: si la actividad es potencialmente competitiva, la regulación “recrea” el mercado y lo defiende, y si la actividad no es competitiva, la regulación sustituye al mercado, pero con mecanismos que no distorsionen las reglas de mercado que rigen en las otras actividades.

Por otro lado, en el sector eléctrico no basta “liberalizar” (como ha ocurrido en otros sectores: transporte aéreo, telecomunicaciones o audiovisual, en los que la apertura del monopolio ha puesto en marcha el mercado con bastante rapidez y normalidad), sino que es preciso promover –y lograr- algunas reformas estructurales en el mundo empresarial y reformas institucionales que permitan una buena gestión del sistema. Hace falta, en una palabra, *organizar el mercado*, de forma que se combine en él la necesaria gestión unitaria del conjunto del sistema eléctrico y, al mismo

tiempo, un sistema de explotación descentralizada, a través de precios y ofertas libres de las empresas. Así pues, junto a la mano invisible, habrá en él una “mano visible”, que es el operador independiente del sistema (OIS), responsable de garantizar en todo momento la estabilidad de la red y la continuidad del servicio, que ordena el funcionamiento del mercado y, si es necesario, en situaciones conflictivas para la seguridad del suministro, lo desplaza.

## **2. El modelo de competencia en el sector eléctrico**

El modelo de competencia en el sector eléctrico no es un modelo estático, basado en cuotas máximas de mercado, como es lo habitual. Las características técnicas de este sector dan lugar, en algunos momentos de altos consumos o de restricciones técnicas en la red, a que empresas con no muy altas cuotas de mercado se encuentren en posiciones de dominio y puedan marcar precios. La necesaria igualdad en todo momento de oferta y demanda (es decir, de generación y consumo), porque la energía eléctrica no es almacenable, y una organización que hasta hace poco centralizaba en un mercado spot la práctica totalidad de producción y consumo (había muy poca contratación fuera del pool) hace que con una estructura como la española, en la que dos principales generadores (Endesa e Iberdrola) cubren más del 70% de la potencia y energía disponible, éstos ostenten un evidente poder de mercado y puedan marcar precios en un gran número de horas del día.

De igual manera, en la mayoría de los países de Europa, con estructuras empresariales monopólicas u oligopólicas (así, Francia, Alemania, Italia, Bélgica o Portugal) la competencia ha sido escasa. Han sido muy pocos los nuevos entrantes en los mercados de estos países, salvo algunas presencias marginales de empresas de un país en otro, siempre consentidas por el operador dominante. La excepción a esta situación ha sido en Europa el Reino Unido, en parte los países nórdicos agrupados en Nordpool y quizás Holanda después de la Ley Eléctrica de 1998.

Por eso, después de diez años de funcionamiento debemos preguntarnos: ¿hasta qué punto se ha logrado en Europa lo que se pretendía con la liberalización, es decir, un mercado competitivo para la electricidad?; y si la competencia es escasa, ¿qué tipo de medidas regulatorias pueden mejorar el funcionamiento competitivo del mercado?. Todo ello enlaza con una cuestión de fondo fundamental que planteé al

comienzo de esta ponencia: ¿qué tipo de competencia practicable se puede esperar de un mercado eléctrico?.

A estas preguntas podemos contestar diciendo que la experiencia de estos años demuestra que los mercados eléctricos no soportan la excesiva (o total) concentración horizontal que funcionaba bajo el régimen de monopolio, ni tampoco una excesiva (o total) concentración vertical, pues tanto aquella como ésta entrañan justamente una lógica contraria a la competencia, aún cuando ciertamente puedan ir acompañadas de economías de escala y alcance. Sin una adecuada y real separación de actividades (*unbundling*) entre generación, transmisión, distribución y comercialización (en términos que no puedo ahora explicar), el poder de mercado se hace presente a cada momento.

La experiencia de estos años es también que sin una red mallada con suficiente capacidad de transmisión y sin una reserva de potencia suficiente, capaz de atender con holgura las puntas de demanda, los mercados se fragmentan, la colusión entre empresas resulta muy factible y la competencia desaparece en muchos ámbitos territoriales y durante muchas horas del día. Así pues, cuatro condiciones imprescindibles sin las cuales la competencia no existe: ausencia de concentración en generación, red mallada, reserva de potencia y *unbundling*. En esto consisten las reformas estructurales.

Una segunda evidencia es que la implantación de un mercado *spot* de corto plazo (semanal, diario o intradiario) que absorba y centralice la totalidad de la energía (porque todos tienen la obligación de llevarla a él) no puede dar lugar nunca a precios competitivos. Y ello por varias razones: en primer lugar, por la rigidez absoluta de la demanda (no hay bienes sustitutivos de la electricidad en el corto plazo) y por la imposibilidad de aumentar la generación o la capacidad de transmisión en el corto plazo; también por la imposibilidad, con una tarifa única, de gestionar la demanda y limitar consumos (los consumidores no se benefician del sacrificio de renunciar al consumo en horas punta); en tercer lugar, por la fácil generación de poder de mercado que se deriva de todo ello, ya que los operadores se conocen muy bien y saben cuando su energía resulta absolutamente necesaria para cubrir la demanda en horas de gran consumo (especialmente si retiran una parte de su capacidad disponible) o en áreas que padecen restricciones técnicas.

En tales condiciones, los precios resultan asimétricos: en unas centrales éstos pueden quedarse por debajo de los costes totales; y para otras tecnologías pueden elevarse muy por encima de sus costes. Todo ello da lugar a unos pseudomercados eléctricos muy poco fiables en sus resultados, lo que legitima y justifica las intervenciones gubernamentales sobre las tarifas finales. Además, en tales condiciones, la volatilidad del mercado es grande y ello es un elemento disuasorio para la entrada de nuevos oferentes, máxime si subsiste un alto grado de concentración vertical entre generadores y distribuidores. Por todo ello, si queremos lograr precios competitivos hay que pasar a un mercado abierto de contratos bilaterales y a plazo, que revistan distintas modalidades según las necesidades de los diversos interesados. Constituye éste un presupuesto necesario para que un sistema competitivo funcione. En efecto, los contratos de energía a plazo reducen y reparten costes entre generación, transporte y distribución; estabilizan los mercados spot (de los que sacan gran parte de la energía y a los que marcan el futuro); permiten una mayor elasticidad de la demanda y la oferta (que a medio y largo plazo sí pueden variar); facilitan y promueven incrementos en capacidad de generación, pues los nuevos entrantes pueden ver asegurados sus ingresos mediante ventas pactadas previamente a la entrada en el sector (al menos en una gran parte; la energía sobrante la enviará al mercado spot); todo ello hará posible la entrada de nuevos operadores e incrementará la competencia en el mercado. Y el mercado “spot” quedará como un mercado de ajustes para mantener la integridad del sistema.

### **3. El Libro Blanco de 2005: síntesis y propuestas**

A estas cuestiones de competencia en el mercado eléctrico quiso responder fundamentalmente en España el Libro Blanco del año 2005 (julio-agosto), que formuló las siguientes tesis:

- 1ª) El mercado mayorista español no funciona correctamente, como se ha señalado en innumerables ocasiones por expertos, reguladores, agentes e instituciones. La mejor prueba de ello es la escasa relevancia que el regulador concede al precio de mercado de la energía; éste no se traslada a la tarifa, que lo ignora cuando ésta tiene que ser fijada por el Gobierno; ello tiene graves implicaciones tanto para las empresas como para los

consumidores pues genera, para las primeras, un déficit tarifario creciente que nadie sabe cómo se va a recuperar y, para los segundos, la ausencia de señales económicas útiles que ayuden a moderar el consumo y gestionar la demanda. Estamos ante un sistema completamente falso de costes y precios.

- 2ª) El origen de este problema del mercado no se encuentra en sus reglas (que son básicamente correctas aunque requieren alguna reforma), ni en la gestión del proceso de casación (correctamente desempeñado por el operador del mercado), ni en la interacción del mercado con la operación segura del sistema –que es llevada a cabo eficazmente por el operador del sistema-. El origen del problema se encuentra en una estructura empresarial que, aunque ha mejorado con los años, sigue siendo excesivamente concentrada como para alumbrar un mercado mayorista cuyas dimensiones se siguen circunscribiendo en la práctica a la Península Ibérica.
- 3ª) La tercera realidad constatada en estos años es que cuando la estructura de un mercado es inadecuada, la supervisión del comportamiento de los agentes nunca es suficiente para garantizar un precio competitivo de mercado que refleje razonablemente los costes subyacentes. La experiencia de estos años nos ha mostrado que es muy difícil el seguimiento de los pactos colusorios y la prueba fehaciente de abusos del poder de mercado. La existencia de éste resulta indubitable en manos de las dos grandes compañías del país y si, a pesar de ello, se han mantenido unos precios moderados en estos primeros años (aunque con tendencia creciente) es porque el poder de mercado de los dominantes se ha visto frenado, primero, por los costes de transición a la competencia que llevaba consigo un tope (6 pts./kwh) a los precios del mercado mayorista (si se superaba, no se recibían CTC's); y más tarde, por la todavía existente integración vertical entre generación y distribución, sometida esta última a una tarifa administrativamente fijada. La retribución de CTCs y las limitaciones tarifarias suponían, a la postre, un techo a la retribución de las compañías, que ha evitado, por inútil, la mayor parte

de posibles abusos derivados de su poder de mercado. Ahora bien, todo ello no garantiza nada respecto al futuro. Si se quiere, una vez suprimidos los CTC's, llegar a un sistema de precios no tasados por el regulador (salvo la tarifa de último recurso para colectivos necesitados), es decir, si se quiere tener algún día un verdadero mercado liberalizado, resulta absolutamente necesario introducir reformas sustanciales en la estructura misma de los mercados.

¿Qué propone entonces el Libro Blanco?. Pues esencialmente formula una regla simple de limitación de la concentración horizontal, para asegurar que queda mitigado el poder de mercado hasta un nivel aceptable; esto es, que la capacidad de los agentes dominantes para modificar el precio del mercado en su beneficio no exceda un umbral que el regulador considere razonable; y, en segundo lugar, que las potenciales acciones de abuso de poder dominante de los agentes, que son necesarias para obtener beneficios significativos, resulten ostensibles, lo que facilitará las tareas de supervisión.

La regla que propone establece que ningún agente podrá disponer libremente en el mercado mayorista peninsular español, para cada uno de los periodos temporales que se especifiquen, de una capacidad de oferta de libre disposición superior a un porcentaje de la potencia estimada de punta del sistema para cada uno de esos periodos. Las estimaciones obtenidas por el equipo de apoyo en la elaboración del Libro Blanco sugieren que durante los próximos años habría que limitar la capacidad efectiva de producción libremente disponible de cualquier agente al 22% de la demanda máxima del sistema. Esto hubiera supuesto en 2005, para Endesa, el 67% de su capacidad efectiva; el 70% para Iberdrola y el 100% para los restantes agentes.

La regla propuesta no es estrictamente de "concentración", sino de "concentración efectiva"; esto es, *lo que se limita no es el tamaño de la empresa, sino la capacidad de generación y oferta al mercado de corto plazo de la que se puede disponer libremente*; por tanto, no la capacidad total de generación de la que es propietario un agente. Para cumplir con esta regla los agentes con excedente de cuota disponen de diversos medios: *ventas voluntarias* de activos, *subastas virtuales* de energía (las "emisiones primarias de energía", ya contempladas en la normativa española),

*contratos voluntarios* de largo plazo (siempre que reuniesen unas características mínimas de transparencia) y, finalmente, *contratos virtuales de energía*, que son contratos financieros donde el regulador especifica cantidad y precio. Todos estos instrumentos se explican detalladamente en el Libro Blanco.

Los “*contratos virtuales*” se contemplan como un complemento a las subastas virtuales –si se considerase que las cantidades a subastar fueran tales que se pusiera en riesgo el que los agentes obtuvieran un precio justo- y como herramienta útil para otorgar un adecuado tratamiento a los activos vinculados al mecanismo de CTC, en la forma que en el Libro Blanco se explica. Los contratos virtuales tendrían como contraparte el conjunto de todos los consumidores, por lo que su saldo –positivo o negativo- respecto al precio de referencia del mercado se incluiría como un componente de la tarifa de acceso que todos los consumidores habrían de pagar. Lo anterior permite la modificación de la cantidad contratada en cualquier momento, con completa flexibilidad.

Las medidas anteriores –añade el Libro Blanco- deberían ir acompañadas de una reforma del mecanismo vigente de garantía de potencia, para asegurar en todo momento un margen suficiente de potencia instalada disponible sobre la demanda, lo que además de proporcionar una calidad de suministro satisfactoria, coopera a mitigar el excesivo poder de mercado que tiene lugar cuando este margen se estrecha. Esta garantía de potencia se instrumentaría a través de contratos de disponibilidad de energía en momentos determinados, que celebrarían los generadores con el gestor del sistema.

Si todo ello se cumple, -concluyen- el precio de la energía recobraría el lugar central que le corresponde en una regulación de libre competencia, lo que permitiría un cálculo de la tarifa integral atendiendo a los conocidos principios de suficiencia, aditividad y transparencia, acabando con el déficit tarifario. La tarifa –afirman los autores del Libro Blanco- “no se fija, simplemente se calcula”, sumando los sucesivos costes que da el mercado. Más adelante, y progresivamente, se podría ir prescindiendo de las tarifas integrales, excepto de las tarifas por defecto para aquellos pequeños consumidores que se considere requieren protección. De esta forma, el mercado sería real, las tarifas podrían desaparecer y la liberalización alcanzaría sus objetivos.

Hasta aquí, un planteamiento muy resumido de las que, en nuestra opinión, son las tesis centrales del Libro Blanco, muy coincidentes, por lo demás, tanto en el diagnóstico como en los remedios, con las formuladas por los otros analistas<sup>1</sup>.

#### **4. La incoherencia de las políticas europeas**

Pues bien, si todo ello es así –y lo es- se aprecia una incoherencia evidente entre la estructura empresarial hacia la que camina en Europa el sector eléctrico y gasista –de progresivas concentraciones- y el modelo regulatorio que se nos ofrece.

A lo largo de estos últimos años hemos asistido al resurgir –si es que alguna vez estuvo extinguido- de eso que se ha llamado “patriotismo económico”, expresión –¿cómo no?- acuñada por Francia para defender sus empresas de alguna posible invasión de capital extranjero. En el sector energético, ello ha sido especialmente verdad. Los Gobiernos de todos los países de Europa siguen practicando políticas proteccionistas y reclamando la “soberanía energética” de cada uno. Ello implica la autonomía de cada país para configurar su propio mix energético, contratar su propio abastecimiento, hacer su apuesta tecnológica, configurar el tipo de empresa que prefiere (pública o privada) y definir su propia estructura empresarial (oligopólica o competitiva, con campeón nacional o sin él).

Todos los Estados miembros –con la admirable excepción del Reino Unido- han tratado de defenderse de una u otra forma frente a invasiones no deseadas de inversores extranjeros en sus empresas energéticas. Unos mediante las llamadas “acciones de oro”; otros mediante el blindaje de las empresas y la limitación de los derechos de voto (fenómeno habitual en las eléctricas); algunos, más radicalmente, manteniendo en ellas el capital público con paquetes accionariales de control (más de un 30%). Finalmente, otros, como Alemania, a través de procesos de concentración inspirados y/o “amparados” por el Gobierno, que dan nacimiento a verdaderos gigantes empresariales, en contra del parecer de las autoridades defensoras de la competencia, como es el caso de RWE o E.On.

---

<sup>1</sup> Vid. G. Ariño, “Energía en España y desafío europeo”, cit. Anexo I, “El sector eléctrico, ¿dónde estamos, adónde vamos?”.

Francia y Alemania son, tristemente, los dos países que han puesto en la práctica más trabas a la construcción de un mercado único energético en los últimos años; el primero con sus empresas públicas –EDF, GDF- y su cerrazón del mercado; el segundo con sus gigantes integrados y su dominio sobre las redes eléctricas y gasistas, en régimen de acceso “negociado”. Al mismo tiempo, amparados en la libre circulación de capitales, sus empresas extendían su presencia por los demás países de Europa. Francia proclama descaradamente su “patriotismo económico” y lo practica con toda clase de productos y servicios, desde el yogur Danone (al que califica de “símbolo nacional”) hasta Gaz de France o EADS. Alemania tiene un patriotismo más discreto y silencioso, basado en el capitalismo renano (esa mixtura de industria, banca y poder político, con un toque sindical) cuyo más estelar ejemplo es E.ON-Ruhrigas. En uno y otro mercado ha sido hasta ahora imposible entrar. La misma táctica, de *defensa por la dimensión*, es la puesta también en marcha estos días por el Gobierno francés con la proyectada fusión de Gaz de France (80% del Estado) y Suez-Lyonnaise (empresa privada), ante la amenaza de una OPA sobre esta última que intentó ENEL (empresa italiana, 35% en manos del Estado). Y es también la que se quiso llevar a cabo en España en su día con las frustradas fusiones Endesa-Iberdrola y Gas Natural-Iberdrola, ambas frustradas por razones políticas; después se intentó con Gas Natural-Endesa, igualmente frustrada por la torpeza de unos y de otros; y finalmente ha cuajado con ese “*menage à trois*” que es ENEL-ENDESA-ACCIONA, con una muerte anunciada. El último intento confesado en este orden han sido el austriaco (OMV-Verbund), por el momento también frustrado<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> OMV es la principal empresa austriaca de gas y petróleo y Verbund la principal empresa eléctrica. El proyecto original era la fusión de ambas, en un nuevo *national champion* (13.000 millones de euros de capitalización). OMV adquiriría del Estado el 51% que éste posee en Verbund, mediante entrega de acciones propias, de modo que, tras la fusión, la firma IPIC de Abu Dhabi, que posee el 20% de OMV y el Gobierno austriaco controlarían el 45% del nuevo gigante energético. Más que una verdadera operación industrial (de escasas sinergias), fue ésta, al parecer, una decisión política acordada por las élites nacionales de los dos grandes partidos. Luego, algunos la intentaron justificar en base a una mayor presencia de gas en la estructura de generación austriaca (80% de la actual Verbund es hidroeléctrica), lo que daría mayor seguridad de suministro al sistema. También se argumentó que sólo con

Tal es el panorama real de Europa, presidida hasta ahora por el nacionalismo energético que entrañan los “campeones nacionales”. Europa no es una unidad política; es sólo un mercado (en estos sectores, ni siquiera único) y las naciones, con su historia, su lengua, su cultura y su conciencia de patria siguen siendo lo que une a la gente (Europa, como conjunto, no une a nadie). La riqueza y los sistemas fiscales no están compartidos, y, por consiguiente, el “efecto sede” de una empresa es todavía real. No hay empresas europeas. Son alemanas, francesas, inglesas o italianas y allí pagan sus impuestos, tienen sus órganos de decisión, llevan a cabo sus investigaciones y registran sus patentes industriales. En estos días estamos asistiendo al más cerrado nacionalismo financiero. Aunque tengamos una moneda única, cada uno responde de “sus” bancos, avala “sus” deudas de éstos y garantiza los depósitos de “sus” ciudadanos, sin que quiera saber nada de los demás. Ahora bien, ¿cómo se compatibiliza todo ello con la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento (artículos 56 y 43 del Tratado)?. Difícilmente.

Volviendo ahora a nuestro tema de hoy, si comparamos la estructura empresarial y de mercado de los diferentes países de Europa, podemos comprobar

---

la nueva dimensión puede Austria aspirar a hacerse presente en los mercados de la Europa del sureste (Rumania, Bulgaria, Turquía y, en general, la cuenca del Danubio), muy necesitados de energía. Sin embargo, esta operación ha encontrado después gran oposición de los medios de opinión y de políticos locales, que advirtieron el riesgo de pérdida de la producción hidroeléctrica, hasta entonces en manos del Estado. Con la fusión y su traspaso a OMV estas centrales podían ir a parar a compañías extranjeras o a meros especuladores financieros. Los políticos –tanto el centro derecha como la oposición socialdemócrata- se acobardaron y no se atrevieron luego a enfrentarse con los poderes territoriales (gobernadores provinciales y autoridades locales) que ostentaban además una presencia significativa en Verbund (30%). Y así, el resultado final, después de unas semanas, ha sido que la operación ha quedado aparcada por el momento, al menos hasta las próximas elecciones. La Constitución austriaca exige mayoría pública –del Gobierno federal o de las Provincias- en las empresas eléctricas y la fusión exigía una reforma de la ley fundamental, aunque la presencia pública en la empresa resultante alcanzaba casi el 31% (una mayoría de control). Por otro lado, los mercados tampoco recibieron muy bien la operación que ha quedado en suspenso.

que éstos se agrupan en dos frentes: a) de un lado, están los que creen en el mercado y la competencia y permiten que sea éste el que guíe las operaciones de concentración empresarial, sea con capital nacional o de otro Estado miembro, aplicando los criterios y la normativa de defensa de la competencia; en este grupo se encuentra Gran Bretaña, en alguna medida los países nórdicos (Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia) y quizás Holanda (después de la Ley Eléctrica de 1998); b) de otro lado, tenemos los que entienden que hay que preservar los intereses nacionales mediante la creación de “campeones” de capital nacional, que puedan competir en el mercado europeo y garantizar el aprovisionamiento energético bajo las directrices del Estado; ahí están todos los demás, con pequeñas variantes.

Pues bien, hay que elegir: ¿queremos competencia o queremos campeones nacionales?. Ambas estrategias no son muy compatibles, aunque los políticos (y algunos empresarios) siempre dice que persiguen ambas cosas. No es cierto, los mercados eléctrico y gasista –éste menos que aquél, aunque hoy ambos se interpenetran- no son como ya hemos dicho fáciles de configurar y más difícil todavía es hacerlos funcionar con competencia efectiva entre sus agentes. Repitémoslo: hay una gran facilidad para que surja en su seno “poder de mercado”, territorial y horario; la estructura y los comportamientos de los generadores se prestan a prácticas colusorias (todos se conocen y saben muy bien lo que hará el otro, aun sin hablarse) y sólo bajo ciertas condiciones, de excedentes de capacidad, de red de transporte suficiente y de un mercado de contratos a plazo amplio y diversificado, es fiable el precio en el mercado spot. Bajo estas premisas, la elección alternativa entre “campeones” o mercado es irremediable.

## **5. El argumento falsario de los “campeones europeos”**

Algunos analistas y teóricos de Europa bienpensantes formulan tesis beatíficas del siguiente tenor: nos encontramos en un mercado europeo en formación que está camino de la plena liberalización e integración; por ello, si vamos hacia un mercado único europeo, ¿por qué no ir ya hacia la construcción de grandes operadores europeos que acabarán compitiendo entre sí?. La respuesta es muy sencilla: porque no sabe nadie cuándo llegaremos a aquél; y mientras no exista un mercado europeo en el cual compitan todos, la aparición de gigantes energéticos puede llevar consigo

la más completa consagración del poder de mercado y la desaparición de toda competencia efectiva en los mercados nacionales, únicos que existen.

La realidad de las cosas es, como ya hemos dicho, que no hay empresas europeas (todas son nacionales), que no hay un mercado europeo de energía (faltan redes transfronterizas capaces de llevar energía de un país a otro en proporción significativa), no hay tampoco en muchos países un verdadero mercado de empresas (todos aquellos que están presididos por empresas públicas) y cuando lo hay, su mediatización política es tal que nadie sabe cuál será el resultado final si trata de comprar una empresa sin la bendición oficial (véase lo que le pasó a ENEL con Suez o a E.On con Endesa). Por todo ello, el argumento de los “campeones europeos”, como paso hacia un mercado único integrado en el que éstos competirán entre sí, es un argumento falaz. El planteamiento veraz no es ese, sino este otro: ¿hay mercado europeo integrado de la energía?; si no lo hay –y mientras no lo haya- los campeones europeos, contruidos sobre la libre circulación de capitales (con el apoyo de sus Gobiernos de origen) son sencillamente una forma de dominación de los grandes sobre los pequeños; es decir, son un atentado a la competencia efectiva, que se mide en función del mercado realmente existente, no de un mercado soñado. Por tanto, es algo que las autoridades de la competencia, nacionales y comunitarias, deberían combatir. El razonamiento correcto –repito- sería el inverso: *si no hay mercado europeo y mientras no lo haya, no debe promoverse la creación de “campeones europeos”*, mucho menos cuando algunos son de capital público y ponen a su servicio los presupuestos generales del Estado. Más aún, *si no hay mercado real de servicios y mientras no lo haya, no debería haber mercado libre de empresas*, porque ello es una contradicción. Tal es la conclusión –que comparto- a la que ha llegado recientemente un buen conocedor del mercado eléctrico presente y futuro cuando desalentadoramente escribe: “si el mercado europeo estuviera integrado nadie pondría obstáculos a los movimientos de capitales, pero hoy, tal como están las cosas, las medidas nacionales de protección son inevitables”.

Es igualmente un error y un desconocimiento del sector eléctrico afirmar que el mercado interior europeo se consolidará cuando haya fusiones entre compañías energéticas de distintos países. Es justamente lo inverso. Los campeones nacionales/europeos tienden a consolidar, no el mercado, sino su posición de

dominio en el territorio que ocupan, sin que tengan incentivo alguno para construir redes y competir entre ellos.

## **6. Campeones o mercado: ¿qué es mejor para un país?**

Acabamos de exponer cómo en el sector de la energía, calificado siempre como estratégico, los Gobiernos europeos mantienen monopolios/duopolios escasamente competitivos en sus mercados nacionales. Hemos visto también cómo tratan luego de convertir esos campeones nacionales en “campeones europeos”, capaces de imponer sus condiciones –si se les deja– no sólo en su propio país, sino en otros. Esta política se justifica afirmando que los grandes conglomerados empresariales aseguran mejor que los pequeños operadores la seguridad del abastecimiento, porque están en mejores condiciones de negociar éste con los países de origen. En su defensa de la fusión Suez-Gaz de France, el Presidente de la primera, Gerard Mestrallet, afirmaba: esta unión fortalecerá la seguridad de suministro, en cuanto podrá mantener como mayor comprador de gas de Europa una posición fuerte frente a cualquier proveedor, incluido aquéllos que en algún momento puedan ostentar la condición de proveedor único (como Gazprom o Sonatrach). Ello, tanto si hablamos de suministro por tubo como en forma de GNL, que es un sistema más flexible de adquisición. En ambas modalidades, decía, Suez-Gaz de France será el mayor comprador de Europa (junto con E.On-Ruhrgas). Y ésta es la mejor garantía de obtener un buen trato, que se ofrecerá a los consumidores

Esto, sin duda, es muy cierto. El problema es quién nos garantiza que tales beneficios serán trasladados a los consumidores.

En efecto, la experiencia europea de esos campeones nacionales/europeos no es tan positiva cómo se nos cuenta. Alemania ha sido el paradigma de los campeones nacionales, pero ha pagado un alto precio. Es una realidad probada que el proceso de concentraciones en este país, que pasó de tener ocho grandes operadores a tener tres (dominadores los tres) y, en particular, la última fusión E.On-Ruhrgas, no ha favorecido la competencia en Alemania. Sin duda, este país ha conseguido levantar la primera empresa energética privada del mundo, capaz de extenderse por otros muchos países. Si hubiera absorbido a ENDESA, su dimensión y presencia en el mundo hubiera sido realmente impresionante y todavía lo es. Seguramente sus

accionistas han salido beneficiados del crecimiento continuo de la compañía, pero no está claro que lo hayan sido los clientes. Muy reveladoramente, las asociaciones de consumidores no fueron ni siquiera admitidas como interesadas en el procedimiento de fusión ante el Ministerio; el Ministro del Consumo se pronunció en contra, como también la Comisión de Monopolios y el Bundeskartellamt (autoridad Federal de la Competencia). La Comisión Europea se inhibió por falta de jurisdicción, dado el absurdo criterio de atribución de competencia vigente hasta hoy. Pero el Ministerio de Economía y el Canciller asumieron la total responsabilidad y decidieron aprobar la fusión y poner a E.On-Ruhrgas en la mejor posición posible para comprar empresas europeas que fueran privatizadas en la Europa del Este y del Oeste, como efectivamente ha ocurrido.

Ahora bien, ¿ha sido ello igualmente beneficioso para los ciudadanos alemanes, consumidores de energía?. ¿Y para su industria y sus servicios?. Esto no está tan claro. Jürgen Basedow, Presidente de la Comisión Antimonopolio de Alemania, acuñó recientemente, al hilo de una valoración –negativa- de la fusión E.On-Rhurgas, un interesante término: el de **“perdedores nacionales”**. Su argumentación se dirigía a rechazar las políticas que fomentan la creación de campeones nacionales, sobre la base de que todo campeón nacional en un sector conlleva siempre un perdedor nacional en otro sector. ¿Quién paga los campeones nacionales?, ¿son acaso gratuitos? –se preguntaba el Profesor Basedow-. No, sin duda no lo son. Los pagan sus propios conciudadanos, los industriales y comerciantes afectados por los aumentos de precio de la empresa resultante del proceso de concentración. Alemania ha tenido en estos años la energía más cara de Europa (con Italia).

Francia tiene una energía barata, en gran parte nuclear, pero nadie ha sabido nunca cuáles son los costes de EDF y qué cantidad de dinero público absorbe el sector y qué dinero deberá aportar cuando tenga que hacer frente al almacenamiento de los residuos nucleares. Los “perdedores” aquí son todos los franceses que pagan impuestos. Italia, finalmente, donde el dominio del duopolio ENEL-ENI sobre el mercado es total tampoco puede decirse que sea un éxito: ha tenido (con Alemania) la energía más cara de la lluvia y es un país muy deficitario en generación (importa en torno al 17% de lo que consume). Eso sí, ENEL disponía de tesorería abundante para intentar comprar en Francia y Bélgica el grupo Suez-Lyonnaise (operación que

el Gobierno francés bloqueó) y quedarse finalmente con Endesa, pagando por ella un precio desorbitado.

Las enseñanzas que de todo ello se derivan son éstas: parece claro que con una política de protección a ultranza de campeones nacionales y la estructura empresarial a que aboca semejante política resulta muy difícil –por no decir imposible– que florezca la competencia, tanto en su país de origen como en aquellos otros que los campeones nacionales (europeos) invaden, aumentando con ello su poder de mercado. Se produce siempre, inexorablemente, un fenómeno de *foreclosure*, de cierre del mercado a posibles nuevos entrantes, incapaces de competir con tales gigantes. La competencia, ciertamente, no es un fin en sí mismo, sino el medio para lograr los fines de la Unión Europea, tal como se declaran en el artículo 2 del Tratado de la C.E. Ahora bien, es imposible lograr esas metas con un obstáculo tan grande a la integración de los mercados nacionales. Volviendo al caso alemán y a la declaración del Presidente de la Comisión Antimonopolio de Alemania, cabe advertir que la competencia en el país germánico, tras la operación E.On-Rhurgas, es escasa, los precios de la energía altos y los beneficios de las empresas ingentes, creciendo de año en año. Los precios alemanes vienen siendo desde hace años –ya lo hemos dicho– los más altos de Europa. Por ello algunas empresas siderúrgicas como las del aluminio han tenido que cerrar. La competitividad del sector energético, que se adujo como motivo legitimador de la fusión, no parece que se haya extendido al resto de la industria alemana, en evidente crisis en los últimos años. No es posible saber si la fusión ha sido o no causa determinante de todos estos males. Pero lo que está claro es que la respuesta alemana a los procesos de liberalización y competencia en el mercado europeo no es ejemplar y además ha marcado la evolución de otros países, incluida España, que habían abandonado el modelo de empresa pública monopólica. En lugar de estructurar mercados abiertos con competencia efectiva, todos han impulsado en los últimos años una política de campeones que ahora quieren ser “europeos”. En España esto también se ha intentado varias veces, pero no se ha sabido hacer. Portugal trató igualmente de prepararse para ello con el proyecto de fusión EDP-GALP, que la Comisión Europea prohibió (resulta en verdad grotesco que se viera bloqueada esta concentración y se autorizase en su día la de E.On-Rhurgas).

## 7. El camino de vuelta hacia una regulación intrusiva

Decíamos hace un momento que los “campeones europeos” nos pueden defender mejor de la OPEP, de Gazprom o de Sonatrach, pero ¿quién nos defiende luego de ellos?. De la voracidad empresarial, que es connatural al mundo económico de ayer y de hoy, sólo hay dos caminos de defensa: la competencia en el mercado o la regulación del Estado. Si los “campeones”, por hipótesis, son la antítesis de la competencia, parece inevitable que su aparición y su dominio del mercado vayan siempre acompañado de un intervencionismo estatal continuado, de una regulación al viejo estilo (la propia de todo monopolio). El Estado resulta necesario para su creación y mantenimiento bajo la protección oficial, como hemos visto que sucedió en Alemania en 2003, sucede ahora en Francia (operación Suez-Gaz de France) y hubiera sucedido en España si E.On no hubiese interferido en la operación Gas Natural-ENDESA que el gobierno español (y catalán) promovían. Pero tal presencia del Estado no acaba con el nacimiento del gigante, sino que le acompañará toda su vida por una simple razón: porque **creado el monstruo, hay que vigilarlo, hay que controlarlo**, hay que supervisar continuamente sus comportamientos y conductas para que no abuse de los ciudadanos. La regulación de un mercado protagonizado por campeones nacionales tiene que ser continua, como la experiencia nos enseña cada día, en España y en Alemania. Por seguir con este último ejemplo, el 17 de enero de 2006 el *Bundeskartellamt* tuvo que prohibir a E.On-Ruhrigas suscribir contratos de suministro de gas a largo plazo con distribuidores, por sus efectos de cierre del mercado y consiguiente aumento de precios a que ello podía dar lugar, impidiendo el acceso de nuevos entrantes al mercado(...). Esta regulación es un ejemplo de la necesidad de supervisar continuamente a los “campeones”. Un mercado configurado sobre la base de campeones nacionales/europeos es poco de fiar, porque la capacidad de manipular los precios de que aquéllos gozan es grande; por ello, los Gobiernos (o las Comisiones reguladoras, allí donde las haya) tienen que aprobar tarifas y peajes por sus servicios. Es lógico porque, aunque sea teóricamente posible, la gran mayoría de consumidores y usuarios no tienen una posibilidad real de elegir. Ahora bien, si no hay competencia y no hay, por tanto, un mercado fiable, éste no puede ser base de cálculo de las tarifas, y así caemos, de nuevo, en estimaciones de costes más o menos arbitrarias mezcladas con otras mil consideraciones políticas del momento. Es la

vuelta al Estado paternalista de antaño. Tal es el peligro al que nos devuelven los “campeones nacionales”.

Como han escrito con gracia Batlle y Vázquez, del Instituto Tecnológico de Comillas, “en el debate sobre el diseño de los mercados energéticos nacionales, uno tiene que decidir qué quiere ser de mayor, si quiere apostar definitivamente por el mercado o va a dejarse de medias tintas y emprender inequívocamente el camino de vuelta”. La “vuelta” es obviamente a la regulación monopólica, intrusiva, hecha si se quiere con más finura, pero regulación sustitutiva del mercado a fin de cuentas.

## **8. La Jurisdicción comunitaria y/o nacional sobre cuestiones de competencia**

Una cuestión debatida en estos años en materia de competencia ha sido también el de la jurisdicción de la Comisión Europea en procesos de concentración de dimensión comunitaria y el papel que corresponde en estos casos a las autoridades nacionales (Ente regulador y/o Gobierno del Estado miembro). Es un tema a repensar, al que debemos dedicar un poco de atención.

El criterio seguido hasta el momento para la atribución de competencia se ha basado en el volumen de negocio (más o menos de los dos tercios de la facturación) que se desarrollase por los agentes implicados en el ámbito interno de cada país (competencia nacional) o en el ámbito europeo (competencia comunitaria). Este es un criterio cuantitativo bastante simplista, que no tiene mucho sentido, pues no toma en consideración la realidad empresarial futura –la que sale de la concentración- sino la pasada. Es un poco ilógico negar dimensión comunitaria a operaciones de fusión que dan lugar a verdaderos gigantes europeos que hasta ese momento vienen actuando solo o mayoritariamente (más de 2/3 de facturación) en mercados nacionales, pero que, tras la fusión, condicionarán en el futuro, tanto el mercado nacional como el comunitario. La finalidad de los campeones nacionales (como E.On-Ruhrigas, Suez-Gaz de France o Gas Natural-Endesa) era justamente esa: hacer más difícil la entrada a competidores foráneos y ponerse en mejores condiciones –dada la libre circulación de capitales- para asaltar el mercado europeo. La dimensión comunitaria de estos tres proyectos de fusión es evidente. Sin embargo la Comisión se inhibió en los tres de actuar. Numerosas voces en los últimos meses han reclamado una modificación

de este sistema, basándolo más en la dimensión comunitaria de futuro, medida por una serie de índices como la capitalización bursátil, cifra de negocios, número y ubicación de sus clientes, volumen de producción total del grupo y otros, todos ellos referidos, no a la empresa opada, sino a la empresa resultante de la fusión sometida a control.

Por otro lado, el Reglamento comunitario de concentraciones (artículo 21) excluye por completo la participación, en esos casos, de las autoridades nacionales de competencia, lo que no es razonable. El tema se planteó con ocasión de la OPA de E.On sobre Endesa. De acuerdo con la normativa imperante, estábamos, con toda evidencia, ante una operación de dimensión comunitaria. Y no es de extrañar que la Comisión Europea autorizase sin condiciones dicha OPA, al no detectar –según entiende- efectos negativos sobre la competencia en el espacio económico europeo, ni en parte alguna sustancial del mismo. Estima la Comisión que los mercados de ambas empresas no se solapan, ni hay interconexiones entre ambos, ni previsión de que las haya (al menos durante los próximos años); son mercados perfectamente separados y allí donde pueden llegar a coincidir (Francia, Italia o Polonia) las actividades de ambas son muy limitadas, con escaso impacto sobre la competencia en cada uno de esos países. Tampoco se veía como probable que E.On fuese a entrar en los mercados españoles de gas o electricidad, ni que ENDESA lo hiciese en los alemanes, por lo que no se producía la eliminación de ningún potencial competidor (algo que sí ocurría en la OPA de Gas Natural). Sus proveedores en origen son también diferentes y complementarios: uno se abastece, por gasoducto, de Rusia y Noruega; el otro por gasoducto de Argelia y en forma de GNL por barcos metaneros, venidos desde diversos orígenes, modalidad que nunca ha practicado E.On. La Comisión finalmente añade –algo más que discutible- que la operación no reforzará la posición de ENDESA en los mercados españoles ni la de E.On en los alemanes, pues no se ve ninguna razón por la que E.On pudiera suministrar gas a centrales de ciclo combinado de ENDESA a unos precios que no puedan ser igualados, por ésta y por los demás, con proveedores alternativos.

Estos argumentos, vistos desde la perspectiva del mercado europeo son perfectamente válidos, pero no así desde el punto de vista del mercado español, desde el que las cosas se veían de distinta manera. Desde la CNE se entendía que la

posición dominante que ya ostentaba Endesa se vería fortalecida y aumentada con la presencia detrás de ella del gigante E.On, primer operador de gas y de electricidad de Europa. Por ello, la CNE había impuesto como una de las condiciones para autorizar la OPA, la enajenación de algunos activos. La imposición de desinversiones es siempre una cuestión polémica que acompaña a la mayoría de los supuestos de concentración. Aunque en este caso no había solapamiento de redes ni aumentos de cuota de mercado (porque E.On y Endesa tienen ámbitos de actuación separados) parecía razonable que se solicitase de E.On la enajenación de algunos activos de Endesa, dada la posición dominante que ésta ostenta, con Iberdrola, en el mercado español (la cual se vería fortalecida si E.On se quedaba con Endesa en su integridad). Endesa alcanzaba por entonces en España una cuota en generación de más del 40%, con un 42% de la hidráulica y otro tanto de nuclear, lo que le daba –y le sigue dando– una considerable capacidad de marcar precios. Ésta era una buena ocasión de **mitigar su poder de mercado**, siempre naturalmente que las desinversiones no fuesen a Iberdrola. Si el recorte debía ser del 30%, del 25% ó del 15% y qué centrales serían las afectadas es algo que debería decidir la CNE (o el Gobierno, con el asesoramiento de la CNE), de acuerdo con E.On. Por el contrario, si a Endesa no se le obliga a enajenar activos y a ello se añaden las ventajas que E.On puede ofrecerle en abastecimientos de energías primarias y en otros órdenes, su poder de mercado, como ya he dicho, aumentará. Naturalmente, el regulador podrá después someter los precios a estricto control, como viene haciendo hasta ahora, pero entonces ¿en qué queda la liberalización y la competencia?. Desde luego, **al consumidor no se le protegía con los términos que quería imponer la Comisión Europea**, sino todo lo contrario: se le dejaba a los pies de un gigante, como era E.On, bastante implacable en sus comportamientos.

Desde el punto de vista de la defensa de la competencia en el mercado español, las desinversiones eran muy recomendables y podían y debían negociarse (al final, se han producido pero a la inversa: cuando ENEL-ACCIONA se han quedado con Endesa, han llevado a cabo una sustanciosa enajenación de activos a favor de E.On). Pero la Comisión se opuso radicalmente a que se impusiese tal condición; más aún, se opuso a que España condicionase en modo alguno la operación, pues ésta caía

–dijo– fuera de su competencia (recuérdese que la Unión Europea la había aprobado sin condiciones).

Tuviese razón uno u otro en este caso concreto, lo que debemos plantearnos es si tiene o no sentido la tiranía excluyente que quiere tener la Comisión Europea sobre estas operaciones de concentración que son “de dimensión comunitaria”. Hemos defendido con anterioridad<sup>3</sup> que la Comisión debe extender su control a todas las operaciones de concentración de verdadera dimensión europea que se produzcan en los Estados miembros, sin ver limitada su competencia por las rigideces de esa absurda regla de los dos tercios de la facturación. Hemos dicho que operaciones como la de E.On-Ruhrigas o la de Gas Natural-Endesa eran claramente configuradoras del futuro mercado europeo, aunque fuesen “nacionales” en más de dos tercios de su facturación, y la Comisión debería haber intervenido, pero no intervino en ninguna de ellas. Resultará imposible –en nuestra opinión– construir un mercado europeo en un sector estratégico sin facultar a la Comisión para analizar *ex ante* todas aquellas operaciones de concentración que van a configurar ese futuro mercado, aunque hoy sólo sean “nacionales”.

Pero al igual que defendemos esa extensión de la competencia de la Comisión en el control de todas las concentraciones del sector, defendemos también que ésta no pueda decidir unilateralmente, al margen de lo que dictaminen los reguladores nacionales a la hora de establecer las condiciones mínimas para que pueda funcionar en su propio país un mercado competitivo. Los criterios a aplicar a esos mercados energéticos nacionales no deben ser sólo los de la Comisión, que desconoce en gran medida sus características. La razón es clara. Mientras no se haga realidad el mercado único europeo de la energía (sólo entonces tendrá sentido la creación del regulador panaeuropeo por el que a veces aboga el Presidente Barroso), la realidad es que lo único que existen son mercados nacionales; y las condiciones de una OPA transfronteriza como la de E.On sobre Endesa, aunque corresponda a la jurisdicción comunitaria, las van a padecer (o disfrutar) los ciudadanos del país en el que aquella empresa (opada) reside, no los consumidores “europeos”. Sobre ese mercado, las

---

<sup>3</sup> Vid. lo escrito en Ariño y Asociados, “Energía en España y desafío europeo”, cit., FER-Comares, 2006, Capítulo VI, epígrafe nº 7 (“Las trampas de Europa”).

autoridades competentes para decidir y aplicar los criterios regulatorios que estimen oportunos son las autoridades nacionales y resulta absolutamente lógico que **la Comisión Europea oiga a éstas antes de tomar decisión alguna**. Que la Comisión Europea ejerza en exclusiva sus competencias sobre la fusión, al margen de las consecuencias que ésta tenga sobre el mercado en el que aquélla se proyecta, me parece un disparate. Por consiguiente, su **jurisdicción debe ser ejercida de acuerdo con las razones que le ofrezca, fundadamente, el regulador nacional**; y ello, no sólo por razones de seguridad de suministro (que son hoy las únicas admitidas), sino también de protección de los consumidores, mediante el mantenimiento de una competencia efectiva. Que la Comisión Europea ignore esto en la fusión E.On-Endesa, o en cualquier otra me parecería un contrasentido y un abuso de su poder. Si el Reino de España no es oído por la Comisión o si el desacuerdo entre ambos no se supera, la única salida es acudir al Tribunal de Justicia. Y los Estados miembros deben tener la oportunidad de argumentar ante él sus razones<sup>4</sup>.

## 9. Una consideración final

Europa se encuentra, en éste y en otros campos (por ejemplo en banca y finanzas), en un momento crucial. Puede actuar como una unidad, con peso en el mundo o puede cada país ir a lo suyo. Su dependencia energética es preocupante (y creciente). Si no es capaz de hablar con una sola voz, será extorsionada una y otra vez por Rusia, por Argelia y por algún que otro país de oriente medio. El mercado único de la energía no existe y el ritmo de desarrollo de las redes transeuropeas es

---

<sup>4</sup> En medio de sus continuos vaivenes (el Gobierno nunca sabe dónde está en este tema), algún alto representante del Ministerio de Economía (David Vegara, el 24 de octubre) afirmó lo siguiente: “El Gobierno sólo es partidario de crear un gran grupo energético capaz de competir en Europa si es compatible con el mantenimiento de la competencia en el mercado español y con la garantía del suministro a unos precios adecuados. Si la existencia de ese gigante energético es incompatible con unos niveles de precios y una calidad y seguridad del suministro para los ciudadanos la respuesta es que no. Si fuera compatible, la respuesta es que sí”, explicó Vegara. Con buen criterio, que habrá que argumentar ante el Tribunal de Justicia, el Secretario de Estado de Economía entiende que el Gobierno tiene “dos obligaciones fundamentales en este ámbito: garantizar un suministro energético de calidad y mantener un nivel de competencia “razonable” en el mercado: vid. referencia en Gaceta de los Negocios, 25 de octubre de 2006.

decepcionante. La empresa pública energética, presente e imperante en muchos países, genera unas asimetrías constantes que falsean el mercado de empresas, la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento, que a unos se les aplica y a otros no. La Comisión y los Consejos Europeos predicán una y otra vez, retóricamente, la buena doctrina comunitaria en materia de estructura y regulación de los mercados, pero “una cosa es predicar y otra dar trigo”, que decimos en Castilla. Dicen una cosa en Bruselas, pero en su país hacen lo contrario, es decir, practican el “patriotismo económico” y la soberanía energética. Todo esto con contradicciones que no nos llevan a ninguna parte.

Hay que apostar realmente por una política energética común con todas sus consecuencias, *ad intra* y *ad extra*. Ahora bien, para lograr dicho objetivo es preciso romper con algunos vicios del sistema. La liberalización de los mercados energéticos ha implicado una diferencia muy sustancial entre el ritmo que ha experimentado el mercado de producto y el operado en el paralelo mercado de capitales o mercado de empresas. En el sector energético, el mercado de capitales y de empresas se encuentra plenamente liberalizado, mientras que el mercado de la energía se encuentra en un estadio incipiente de liberalización, en parte por vicios de diseño de la regulación, pero también por las resistencias a la cesión de las soberanías nacionales y el freno a las interconexiones transfronterizas. Como se ha cansado de repetir en los dos últimos años la Comisión Europea, el mercado europeo de energía no es una realidad. Son sólo palabras y buenos deseos. En cambio, se quiere que funcione el mercado europeo de empresas, aunque con grandes distorsiones, como la ya explicada coexistencia de capital público y privado (en virtud de un distorsionador artículo 295 del Tratado) o el empleo de elementos propios del mercado del producto (como la seguridad pública) que impiden su plena realización.

Por otra parte, la experiencia ha puesto de manifiesto que no basta con un marco regulatorio liberalizador, que trate de lograr la introducción de la competencia en un mercado tradicionalmente sujeto a planificación centralizada y control estatal. Es preciso además configurar una estructura procompetitiva que haga posible dicha competencia. Sin esta reforma de estructura y sin un correcto diseño institucional de los mercados, la competencia es más teórica que real. Y sin competencia efectiva, la liberalización no pasa de ser un “*nomen iuris*”.

Si todo esto no se rectifica es lícito poner freno, por unas vías o por otras, rompiendo el espíritu de la Unión Europea, a las concentraciones transfronterizas. Alguien muy relevante en el sector eléctrico español ha pedido una moratoria para éstas, afirmando: *“en la actual situación –dice- las empresas españolas no pueden realizar operaciones entre ellas (por razones de competencia) con lo que quedan condenadas a un tamaño reducido, mientras que las grandes multinacionales pueden acabar señoreándose del sector”*; a lo que añade: *“en el sector energético no se cumplen hoy en día los pilares fundamentales del Tratado de la Unión; no hay ni libertad de establecimiento debido a las barreras existentes para la entrada de compañías en otros mercados europeos; ni de movimiento de capitales, que se ve condicionada por el control público de la mayor parte de las empresas europeas; ni de movimientos de mercancías, que está reducida por la limitación de interconexiones entre los países, hecho particularmente patente en la Península Ibérica”*<sup>5</sup>.

Así, no vamos a ninguna parte.

Madrid, 20 de octubre de 2008

Gaspar Ariño Ortiz  
Catedrático de Derecho Administrativo  
Socio-Director de Ariño y Asociados, Abogados

---

<sup>5</sup> Vid. testimonios en *“La Vanguardia”*, 13 de septiembre de 2006.