

Derecho de la competencia de la UE y mercado interior de la energía

EU competition law and internal energy market

EMILIANO GARCÍA COSO*
Profesor Asociado Doctor
Universidad Pontificia Comillas
ORCID ID: 0000-0002-1853-4145

Recibido: Recibido: 06.11.2023 / Aceptado:04.12.2023

DOI: 10.20318/cdt.2024.8422

Resumen: Este artículo se centra en la aplicación de las normas de competencia de la UE como un instrumento complementario e imprescindible del marco regulatorio de la energía con el objetivo de garantizar y lograr el mercado interior de la energía. Las peculiaridades del mercado de la energía requieren ser exploradas desde su consideración como manifestaciones que pueden alterar los objetivos del Derecho de la competencia y, por ende, deben ser sometidas a la aplicación de su normativa, atendiendo a la casuística recaída en el mercado de la energía a la luz de las decisiones de la Comisión y del TJUE. Las características y los actores en el mercado interior de la energía revelan áreas de actuación que pueden encuadrarse dentro de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, de comportamientos que suponen un abuso de posición dominante en el mercado de la energía, con sistemas de ayudas públicas incompatibles con su régimen legal y con la realización de operaciones que pueden vulnerar el Reglamento de concentraciones.

Palabras clave: Mercado interior de la Energía, Competencia, acuerdos restrictivos, abuso posición dominante, ayudas de Estado, concentración de empresas, electricidad y gas.

Abstract: This article focuses on the application of EU competition rules as a complementary and essential instrument of the energy regulatory framework with the aim of guaranteeing and achieving the internal energy market. The peculiarities of the energy market need to be explored from their consideration as manifestations that can alter the objectives of Competition Law and, therefore, must be subject to the application of its regulations, considering the decisions of the Commission and the CJEU jurisprudence. The characteristics and actors in the internal energy market reveal areas of action that can be considered as agreements and practices that restrict competition, behaviors that represent an abuse of a dominant position in the energy market, with state aid systems incompatible with its legal regime and with the carrying out of operations that may violate the Merger Regulation.

Keywords: Internal Energy Market, Competition, restrictive agreements, abuse of a dominant position, state aid, merger, electricity and gas.

Sumario: I. Introducción. II. Definición y objetivos del Derecho de la competencia de la UE en el mercado interior de la energía. III. Los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia en el mercado interior de la energía. IV. El abuso de posición dominante y mercado interior de la energía. V. Las ayudas de Estado y el mercado interior de la energía. VI. El control de concentraciones empresariales y el mercado interior de la energía. VII. Consideraciones finales.

* Profesor de Derecho Internacional y Derecho de la UE Universidad Pontificia Comillas-ICADE. Investigador Honorario del Center for International and Regional Studies and Institute for Latin American Studies at Anhui University (Hefei, China). Abogado Of Counsel, de Estudio Jurídico Internacional López-Ibor Mayor&Asociados S.L.

I. Introducción

1. El mercado de la energía eléctrica y de gas se caracterizaba por una estructura monopolística u oligopolista controlada por los Estados miembros a través de empresas públicas o controladas por los Estados. Su naturaleza de mercado basado en infraestructuras de redes o “*network industries*”¹, produciendo o suministrando bienes y servicios de carácter estratégico y de interés general, propiciaba la existencia de mercados puramente nacionales. Esta configuración contrastaba con el objetivo de la UE de crear y desarrollar un mercado interior y obstaculizaba incluir en el mismo a la energía, así como garantizar la existencia de un nivel razonable de libre competencia entre las empresas participantes.

2. La Unión Europea, consciente de esta anómala estructura del mercado, inició en la década de los 90 un proceso de liberalización paulatina, mediante un marco legal armonizador -insuficiente e inconcluso-², seguido de un proceso de privatización controlada. En este proceso, predominaba las participaciones de control estatal mediante acciones privilegiadas “*Golden shares*” en las empresas energéticas nacionales. Estas son declaradas en 2002 y 2003 contrarias a la libre circulación de capitales³ y/o a la libertad de establecimiento.

3. A pesar del intento de profundizar los avances para lograr el mercado interior de la energía con la aplicación de las libertades comunitarias, en paralelo a la liberalización y privatización acometido, el resultado era la existencia de una escasa competencia que perjudicaba su funcionamiento y, por extensión, a los consumidores europeos. En este sentido, la propia Comisión Europea destacó en 2006⁴ y 2007⁵ que la situación del mercado interior de la energía presentaba limitaciones regulatorias y la persistencia de ciertas prácticas restrictivas que debían ser objetivo prioritario de la aplicación de las normas

¹ J. PELKMANS, “Making EU network markets competitive”, *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 17, nº3, p.432–456. R. CAWLEY, “The new European Union approach to sector regulation in network industries”, *Network Industries Quarterly*, Vol.10, nº1, 2008, p.23-25.

² Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, DO L 27 de 30.1.1997, p. 1, la Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, DO L 204 de 21.7.1998, p. 1; y posteriormente mediante la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE, DO L 176 de 15.7.2003, p. 37-56, la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, DO L 176 de 15.7.2003, p. 57-78, el Reglamento (CE) nº1228/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad DO L 176 de 15.7.2003, p. 1-10, el Reglamento (CE) nº1775/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de septiembre de 2005, sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural DO L 289 de 3.11.2005, p. 1. Directiva 2009/72/CE relativa a las normas comunes para el Mercado Único de la electricidad, DO L 211, p. 55. Directiva 2009/73/CE relativa a las normas comunes para el Mercado Único del gas natural DO L 211, p. 94. Reglamento (CE) nº714/2009 sobre las condiciones de acceso a la red para -intercambios fronterizos de electricidad DO L211. p.15, el Reglamento (CE) nº715/2009 sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural DO L211. p.36, y el Reglamento (CE) nº713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea una Agencia para la Cooperación de los Reguladores de Energía DO L211. p.1.

³ En la cuarta fase del proceso de privatización de EDP se condena a Portugal en la Sentencia del TJUE 11 noviembre 2010, Asunto C-548/0) Comisión contra Portugal, ECLI:EU:C:2010:669, (apt.85-87) rechazando la excepción de seguridad de abastecimiento de energía, contemplados en otros casos, siguiendo las pautas establecidas previamente en la Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal*, ECLI:EU:C:2002:326, (C-367/98, *Rec*, p. 1-4731); Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Francia*, (C-483/ 99, *Rec*, p. 1-4781, ECLI:EU:C:2002:327) y Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España*, (C-463/00) ECLI:EU:C:2003:272, entre otras.

⁴ COM/2006/0841 final, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Perspectivas del mercado interior del gas y la electricidad {SEC(2006) 1709} {SEC(2007) 12} <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52006DC0841> COM(2006) 851 final, Investigación de conformidad con el artículo 17 del Reglamento (CE) nº 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (Informe final) {SEC(2006) 1724}, 10.1.2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A52006DC0851> (última consulta 10.1.2023).

⁵ DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, June 2005 and 10 January 2007, en https://ec.europa.eu/competition/sectors/energy/2005_inquiry/full_report_part1.pdf, http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/ (última consulta 10.1.2023).

de competencia para tratar de solventar la existencia de importantes obstáculos que se mantenían en el mercado interior pese a los intentos de armonización liberalizadora emprendidos.

4. En relación con la situación derivada del marco armonizador inicial se detectaron deficiencias que impedían la consolidación de un mercado interior de la energía. Estas fueron abordadas en el marco regulador aprobado a partir de 2009 y sus modificaciones posteriores en 2019.⁶ La Comisión señaló, como elementos a reformular en el nuevo paquete normativo de energía y sus modificaciones, la necesidad de solventar la *“existencia de precios regulados que impiden la entrada en el mercado de nuevas empresas; la separación insuficiente de los operadores de los sistemas de transporte y distribución, que no puede garantizar su independencia; el acceso discriminatorio de terceros a la red, especialmente en lo que se refiere al acceso preferencial concedido a las empresas ya implantadas por sus contratos históricos a largo plazo.”*

5. A estas deficiencias que inciden en la estructura del mercado se suma la ausencia de un sistema de cooperación y coordinación entre las autoridades nacionales responsables con las de la UE. Entre las principales carencias se destacan: *“las competencias insuficientes de los reguladores; la falta de información a la Comisión sobre las obligaciones de servicio público, especialmente en lo que se refiere a las tarifas de abastecimiento reguladas; Insuficiente indicación del origen de la electricidad, lo cual es esencial, especialmente para la promoción de la energía renovable...; las grandes compañías o las integradas verticalmente gozan de una considerable ventaja en cuanto a la información que pueden utilizar para formular sus estrategias comerciales...; en algunos casos, subsiste la confusión dentro de los grupos integrados verticalmente respecto a la responsabilidad de las funciones básicas de los Gestores de Redes de Transporte (GRT), por ejemplo, los servicios de despacho y equilibrio de la carga; A menudo los GRT, especialmente cuando están verticalmente integrados, no crean condiciones que lleven a mercados competitivos líquidos, por ejemplo, mantienen zonas de equilibrio separadas locales en vez de facilitar la integración a nivel nacional y transfronterizo...; Los GRT parece que han sido lentos en actuar para aumentar la capacidad transfronteriza bien mediante inversiones bien por otros medios, lo cual, muchas veces, se debe a que el marco regulador no crea incentivos adecuados...; tienden a orientarse excesivamente por las preocupaciones nacionales a corto plazo en vez de intentar desarrollar de manera proactiva mercados integrados, por ejemplo, la congestión se ha desplazado en algunos países a las fronteras nacionales y la capacidad transfronteriza es la primera que se ve limitada...; algunos reguladores están condicionados en sus relaciones con el sector y les faltan las facultades y poderes adecuados...; se ha puesto a los reguladores en una situación en la que sus decisiones van claramente contra el objetivo de crear un mercado único interior del gas y la electricidad, generalmente debido a la influencia directa o indirecta de los gobiernos nacionales...; Los mercados nacionales concentrados han tendido a fomentar que los reguladores establezcan una reglamentación intervencionista en los mercados mayoristas..., los mecanismos de capacidad quedan completamente descoordinados, dando lugar así a posibles distorsiones...”*

6. Desde el ángulo de la estructura y prácticas restrictivas en el mercado, la Comisión señaló que el mercado interior de la energía en 2007 se caracterizaba desde el ángulo de la competencia por la existencia de un conjunto de características que dificultaban u obstaculizaban la creación y consolidación de un mercado interior de la energía en toda su extensión.

7. En primer lugar, unos mercados nacionales mayoristas concentrados con altas barreras a la entrada que permitían desplegar un poder de mercado de base nacional. En segundo lugar, una desagre-

⁶ Directiva 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27 y que deroga con efectos del 1 enero de 2021 la Directiva 2009/72, *DO L 158, 14.6.2019, p. 125–199*. Reglamento 2019/943 de 5 junio de 2019 relativo al mercado interior de la electricidad de aplicación directa desde el 1 enero de 2020, *DO L 158, 14.6.2019, p. 54–124*, Directiva 2019/692 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Directiva 2009/73/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, *DO L 117, 3.5.2019, p. 1–7*. U. SCHOLZ, T. VOHWINKEL, “The application of the EU Competition Law in the Energy Sector”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol.8, n°3 2017, pp.190-204.

gación entre red y suministro generadora de exclusiones verticales que actúan como freno a la entrada de competidores por los costes y desincentiva las inversiones. En tercer lugar, una integración transfronteriza escasa y poco incentivada que aminora el interés competitivo transfronterizo. En cuarto lugar, un nivel de transparencia de precios escasa que genera incertidumbres y que impide que los consumidores puedan conocer las ventajas entre operadores. En quinto lugar, en los denominados mercados aguas abajo o de minoristas existe un nivel de competencia bajo dificultado por la tipología de contratos a largo plazo. En sexto lugar, los operadores tradicionales dominan los mercados de equilibrio y dificultan el acceso por los altos costes que deberían asumir los operadores interesados en entrar. Finalmente, los mercados de Gas Natural Licuado (GNL) y su estructura favorable para los proveedores ascendentes actúan como freno.

8. A partir de esta contextualización retrospectiva de la problemática regulatoria y de competencia, se hace preciso abordar la aplicación de las normas de competencia de la UE como un instrumento complementario e imprescindible, para garantizar y lograr el mercado interior de la energía⁷. En este artículo, se analiza la naturaleza, contenido y casuística de la aplicación de las normas de la competencia de la UE al mercado de la energía. Para ello, el punto de partida será establecer el concepto y objetivos del Derecho de la competencia, la aplicación de su normativa específica en los cuatro niveles de intervención que lo caracterizan, con especial énfasis, en la casuística en el mercado de la energía a la luz de las decisiones de la Comisión y del TJUE sobre los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, el abuso de posición dominante en el mercado de la energía, la atenuación del régimen de ayudas públicas y la aplicación del reglamento de concentraciones.

II. Definición y objetivos del Derecho de la competencia de la UE en el mercado interior de la energía

9. Los mercados de productos o servicios en los que operan las empresas energéticas se caracterizan por una determinada estructura y por unas condiciones económicas que deben propiciar un crecimiento ordenado con múltiples empresas para que el consumidor tenga diferentes opciones de elección. Para garantizar que la estructura del mercado y las condiciones económicas no sean alteradas de manera fraudulenta, la UE y sus Estados miembros disponen de las normas que configuran el Derecho de la competencia aplicable de manera homogénea en todo el mercado interior y, especialmente, en el de la energía. Frente a otros mercados de productos o servicios, el de la energía, como se comentó, presenta unas peculiaridades derivadas de su condición de industria con infraestructuras en red o “*Network industries*”.

10. El mercado energético, en su estadio primario, predominaba la existencia de estructuras monopolísticas nacionales cuya transformación en *pro* de un mercado interior ha implicado un proceso europeo para regular, liberalizar y privatizar con el objetivo de introducir una libre competencia que favorezca la consecución del mercado interior de la energía y que los beneficios o “*eficiencias*”⁸ se trasladen a los consumidores europeos.

11. El objetivo de estas reglas en un mercado más abierto de la energía es salvaguardar que las empresas de productos o servicios compitan en condiciones homogéneas y de forma independiente. Sólo así se podrá trasladar los beneficios de la competencia a los consumidores europeos manifestados en una mejor calidad de los servicios, un precio más favorable, una tecnología más avanzada generadora de economías escalas. Para su consecución, es imprescindible que las empresas compitan lealmente y no falseen la competencia, aminorando el grado de competencia deseable que debe existir en el mercado de la energía dentro de la UE.

⁷ K. TALUS, “Applying EU Competition Law to the Energy Markets”, *Introduction to EU Energy Law*, Oxford University Press, 2016, pp.57-86.

⁸ V. KORAH, “EEC Competition policy- legal form or Economic Efficiency” *Current Legal Problems*, vol.39, issue 1, 1986, pp.85-109.

12. El fundamento del Derecho de la competencia de la UE es garantizar que en el mercado interior de la energía exista una competencia transfronteriza real y efectiva. Para lograrlo, se prohíbe, persigue y sanciona todos aquellos comportamientos empresariales que puedan alterar o falsear la competencia en el mercado. La garantía de una competencia real requiere transformar las estructuras del mercado de la energía evitando que se obstaculice, trabe o impida que la competencia se despliegue con todos sus efectos positivos.

13. Es importante señalar, sin menoscabo de su tratamiento particularizado, que la actuación, al albur de las normas de competencia de la UE⁹, se desdobra en varios niveles que se complementan y crean un conjunto dispositivo preventivo y reactivo. En primer lugar, prohíbe que en la estrategia de las empresas energéticas puedan darse acuerdos u otras prácticas restrictivas -artículo 101 del TFUE- tendientes a crear cárteles perjudiciales o repartos de mercados que limiten la disponibilidad de productos o incrementen los precios, entre otros efectos negativos para una competencia efectiva. En segundo lugar, habida cuenta de las estructuras predominantemente nacionales y cerradas que caracterizaban el mercado de la energía en los Estados miembros, se garantiza que las empresas dominantes no abusen de su poder de mercado -artículo 102 del TFUE- para excluir a competidores, mantener las barreras a la entrada, repartirse mercados o mantener cautivos a clientes sin importar el precio u otras ventajas derivadas de la competencia. Ambas disposiciones son objeto de aplicación atendiendo a lo dispuesto en el Reglamento 1/2003¹⁰, cuyo base legal es el artículo 103 del TFUE. En tercer lugar, se aborda el control de las ayudas estatales -artículos 107 a 109 de TFUE- para que sólo se produzcan en los casos preestablecidos por el ordenamiento jurídico comunitario o ante circunstancias coyunturales como las actuales, derivadas de la dependencia energética de Rusia, sin desplazar, por ello, la inversión privada o generar peligrosas subvenciones anticompetitivas que socaven el mercado único. Por último, sin una base legal específica en el Derecho originario, se actúa en el control de las concentraciones empresariales -Reglamento 139/2004- que permite a las empresas entrar en otros mercados o aumentar su dimensión adquiriendo otras empresas, incluidos competidores, proveedores o clientes intermedios. Sin menoscabo, al mismo tiempo, que en el mercado de referencia sigan operando suficientes empresas que puedan ofrecer alternativas competitivas en precio, calidad, servicio, innovación, etc., incentivando así, la fiabilidad y diversidad de las cadenas de suministro ¹¹.

14. A la hora de concebir el contenido, alcance y aplicación de las normas de la competencia se debe tener presente que en su trasfondo existen unos objetivos¹² a lograr en cada uno de los sectores económicos que integran el mercado interior, incluido, el de la energía. En el caso de la Unión Europea, por su idiosincrasia evolutiva, a la hora de aplicar las normas de competencia se combinan la consecución de objetivos económicos con objetivos políticos orientados a la consolidación del proyecto europeo en todas sus manifestaciones.

15. Los objetivos económicos de las normas de la competencia europeas podrían concretarse en tres niveles de actuación complementarios que inspiran su aplicación. En primer lugar, garantizar el control de la estructura de mercado para lograr que las empresas intervinientes disfruten unas condiciones estructurales homogéneas o que las empresas interesadas en entrar en el mercado tengan pleno acceso

⁹ C.P. DUNCASON, “The EU System of Energy Regulation”, *Competition In Energy Markets: Law And Regulation In The European Union*, Oxford, 2007, pp. 95-119. EU European Commission, Directorate-General for Competition, *EU competition law rules applicable to antitrust enforcement. Vol. I, General rules*, Publications Office, 2013, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/35312> (última consulta 10.1.2023)

¹⁰ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DO L 1, 4.1.2003, p. 1–25.

¹¹ COM/2021/713 final/2, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Una política de competencia adaptada a los nuevos retos <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2021:713:REV1> (última consulta 10.1.2023)

¹² K. STYLIANU & M.C. IACOVIDES, *The goals of EU Competition Law. A comprehensive empirical investigation*, disponible en https://www.konkurrensverket.se/globalassets/dokument/kunskap-och-forskning/forskningsprojekt/19-0407_the-goals-of-eu-competition-law.pdf (última consulta 1 diciembre 2023).

al mismo. Para ello, las normas de competencia prohíben el mantenimiento o creación de estructuras de mercado caracterizadas como monopolios legales o, de hecho, oligopolios o duopolios que, como manifestaciones de un mercado dado, impiden o dificultan la existencia de una pluralidad de empresas. Precisamente, el mercado de la energía, basado en una red o infraestructura y con empresas nacionales tradicionales que mantienen su poder en el mercado después del proceso de liberalización y privatización, se ha caracterizado por ser un mercado cuyas estructuras atienden a una de estas manifestaciones. Por ende, la aplicación de las normas de competencia debe tender a transformar estos mercados en un mercado abierto y competitivo para ser coherente con los objetivos de un mercado interior de la energía pleno y efectivo.

16. En segundo lugar, si la estructura del mercado está libre de tales amenazas, las normas de la competencia deben orientarse a ejercer un control o supervisión sobre el comportamiento económico de las empresas que operan en el mercado. Las empresas en el mercado deben ser conscientes que si desarrollan comportamientos que puedan alterar, falsear o restringir la competencia pueden ser objeto de sanciones disuasorias que pongan fin a tales comportamientos. Por definición, la estrategia de las empresas suele tender a obtener el mayor beneficio y, para lograrlo, pueden recurrir a comportamientos que consoliden su posición de manera artificial, se repartan los mercados o los clientes entre los competidores o restrinjan su competencia en precio, entre otras manifestaciones lesivas de una libre competencia practicable “*workable competition*”.

17. En último lugar, las normas de competencia pueden ser concebidas para fomentar el desarrollo tecnológico de un determinado producto o servicio o trasladar lo que se conoce como eficiencias¹³ al mercado o a los consumidores. Este objetivo, pretende hacer más competitivo el mercado y que los consumidores pueden tener acceso de manera más fácil y a un menor precio a esa tecnología o a los desarrollos tecnológicos que puedan derivarse.

18. En paralelo a los objetivos económicos, se pueden identificar la consecución de objetivos de naturaleza política, atendiendo al mercado y a las empresas que operan en el mismo. Así, en el caso del mercado de la Unión Europea, los objetivos que se persiguen a la hora de aplicar las normas de competencia pueden sintetizarse en la consolidación de la integración política europea mediante la profundización en la creación de un mercado interior en todos sus sectores económicos en una doble dimensión. Este objetivo político, en su dimensión interna, requiere una actuación coordinada y basada en el principio de cooperación leal, subsidiariedad¹⁴ y proporcionalidad entre las instituciones de la UE y los Estados miembros, que presentan intereses no siempre convergentes. El mercado interior de la energía es un claro ejemplo dónde los intereses no siempre han confluído en la misma dirección y las cláusulas de salvaguardia existentes demuestran hoy en día que aún queda un largo camino por recorrer.

19. En la dimensión externa, las normas de competencia persiguen indirectamente incrementar el potencial económico e industrial de las empresas europeas en un mercado globalizado. Esto se traduce en una vigilancia exhaustiva del comportamiento económico de empresas extra-comunitarias en el mercado europeo o con efectos en el mismo. Para fiscalizar el comportamiento de empresas extracomunitarias, la aplicación del derecho de la competencia adquiere una naturaleza extraterritorial y universal. Afirmación que se manifiesta en el sector energético, entre otras muchas, con la Decisión de la Comisión Europea de 2018 contra *Gazprom* aceptando los compromisos propuestos por ésta,¹⁵ pese a que debería haber sido objeto de sanción.

¹³ D. GERADIN, “Efficiency Claims in EC Competition Law and Sector-Specific Regulation “ en *The evolution of European competition law : whose regulation, which competition?*, Edited Hans Ullrich, Edgar Elgar, cop. 2006 Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=617922> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.617922> (última consulta 10.1.2023)

¹⁴ J.ÖBERG, “Subsidiarity as a Limit to the Exercise of EU Competences”, *Yearbook of European Law*, Volume 36., 2017, pp. 391-420, disponible en: <https://doi.org/10.1093/yel/yew027>

¹⁵ Decisión C (2018) 3106 final de la Comisión Europea, de 24 de mayo de 2018, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39816 — Suministro de gas en sentido ascendente en Europea Central y Oriental) DO 2018, C 258, p. 6.

20. La suma de los objetivos económicos y políticos del Derecho de la competencia en el mercado interior de la energía dan como resultado la necesidad de acompañar al marco legal armonizador aprobado en los últimos veinte años para lograr un mercado interior de la energía abierto, competitivo, transeuropeo. La combinación de los sucesivos paquetes legales armonizadores junto a la aplicación de las normas de competencia ha permitido avanzar en poner coto a las prácticas y estructuras de mercado detectadas en 2007. No obstante, siguen produciéndose comportamientos contrarios a la competencia por los operadores en el mercado interior de la energía. Contra ellos debe activarse las normas de competencia para garantizar que se trasladen eficiencias estáticas, dinámicas, distributivas a los consumidores europeos. Sólo así, se les podrá garantizar un suministro energético asequible, de calidad, seguro, sostenible y medioambientalmente compatible con los compromisos asumidos y liderados por la UE en la lucha contra el cambio climático¹⁶.

III. Los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia en el mercado interior de la energía

21. El artículo 101 del TFUE otorga poderes de investigación y, en su caso, de sanción a la Comisión Europea contra las empresas que, mediante acuerdos, decisiones de empresas o de asociaciones de empresas o prácticas concertadas afecten al comercio entre los Estados miembros y tengan por objeto o efecto, impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado común. Entre la tipología de acuerdos expresamente contemplados, sin que puedan considerarse *numerus clausus*, se encuentran: “a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

22. La sanción prevista, en el apartado 2º del artículo 101 del TFUE, para estos acuerdos restrictivos de la competencia es la nulidad de pleno derecho y, en su caso, una sanción económica¹⁷ que se calcula caso por caso. La adopción de una sanción por la Comisión es muy relevante atendiendo a que la Directiva 2014/104 de 26 noviembre de 2014¹⁸ abre la vía a los particulares afectados para reclamar ante los tribunales nacionales los daños ocasionados por acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia.

23. A la hora de aplicar esta norma y su posible sanción, se debe probar que existe un acuerdo entre dos o más empresas mediante el cual se han comprometido voluntariamente, de forma verbal o por escrito, para organizar, ordenar o concertar sus comportamientos empresariales sobre el mercado de la energía. La tipología de acuerdos a los que pueden llegar las empresas para alterar fraudulentamente la competencia en el mercado puede ser de diverso alcance, contenido y efectos. Entre los acuerdos que pueden dar lugar a la aplicación del artículo 101 del TFUE se pueden encontrar los acuerdos horizonta-

¹⁶ E. LOOZEN, “EU antitrust in support of the Green Deal. Why better is not good enough”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2023, pp.1-23.

¹⁷ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003, DO C210, p.2.

¹⁸ P.J.WILS, WOUTER “Private Enforcement of EU Antitrust Law and Its Relationship with Public Enforcement: Past, Present and Future”, *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 40, No. 1, March 2017, pp. 3-46, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2865728>. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE, DO L 349, 5.12.2014, p. 1–19. En España se adoptó mediante el Real Decreto Ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2017, páginas 42820 a 42872. Comunicación de la Comisión — Directrices destinadas a los órganos jurisdiccionales nacionales sobre cómo calcular la cuota del sobrecoste que se repercutió al comprador indirecto C/2019/4899, DO C 267, 9.8.2019, p. 4–43.

les¹⁹. Este tipo de acuerdo se producen cuando dos o más empresas, posicionadas en el mismo nivel en el mercado de la energía, se ponen de acuerdo en el precio, en la cantidad, en los descuentos, etc., para alterar las condiciones normales del mercado y obtener un mayor beneficio en perjuicio del consumidor o alterando las corrientes comerciales habituales en el sector. Otra modalidad son los denominados acuerdos verticales²⁰ que se dan entre empresas en distintos niveles en el mercado de la energía para alterar la competencia característica en este sector de actividad económica. Tanto los acuerdos horizontales como los verticales pueden ser exceptuados atendiendo a las directrices dictadas por la Comisión Europea en 2023 y 2022 respectivamente.

24. El artículo 101 del TFUE es aplicable también a las decisiones de asociaciones de empresas que restrinjan, impidan o falseen la competencia en el mercado europeo. Se entiende por tales decisiones, la manifestación de una voluntad colectiva tendente a producir un efecto anticompetitivo a través de un comportamiento en conjunto sobre el sector económico al que pertenecen. Las decisiones de asociaciones de empresas que pueden ser perseguidas y sancionadas pueden adoptar diversas manifestaciones. Así, por ejemplo, la adopción por la asociación de empresas suministradoras de energía de una recomendación, directriz o comunicación entre los asociados para fijar unos precios mínimos, limitar la producción, intercambiar política de precios, etc., pueden ser consideradas punibles.

25. La última modalidad cubierta por el artículo 101 del TFUE son las denominadas prácticas concertadas entre empresas. Se trata de una modalidad más difícil de perseguir y probar puesto que suelen consistir en encuentros o reuniones entre competidores con el propósito de influenciar sus respectivos comportamientos sobre el mercado adoptando en la práctica la misma estrategia empresarial o comercial en materia de precios, gama, cantidad, innovación, etc. Las prácticas concertadas²¹ pueden adoptar la forma de comportamientos paralelos en el mercado entre los competidores después de una reunión o encuentro, alineamiento de sus políticas comerciales a través de contactos profesionales, la adopción a través de publicaciones sectoriales de una misma política de precios. Si el objeto o efecto de las prácticas concertadas es alterar la competencia en el mercado europeo. La Comisión Europea o las autoridades nacionales de competencia (ANC) aplicarán el artículo 101 del TFUE y, en su caso, sancionarán tales prácticas.

26. De los procesos de investigación y sanción contra empresas abiertos por la Comisión Europea, en diferentes sectores económicos, se pueden extraer una serie de comportamientos o prácticas empresariales encuadrables dentro del artículo 101 del TFUE. Entre los comportamientos empresariales que han sido declarados como contrarios a la competencia pueden encontrarse los siguientes:

- a) La fijación de precios mínimos de venta obligatorios
- b) El reparto de mercados o de protección territorial absoluta o distribución limitada a determinados mercados locales,
- c) Cláusulas de prohibición de exportación
- d) Acuerdo limitativo de producción (de gama o de cantidad)
- e) Restricciones accesorias innecesarias
- f) Acuerdo de limitación del desarrollo tecnológico
- g) Acuerdo limitativo de inversiones
- h) Acuerdo de discriminación en precios
- i) Acuerdo de compra obligatoria mínima, etc.

¹⁹ Comunicación de la Comisión - Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, «DOUE» núm. 259, de 21 de julio de 2023, páginas 1 a 125.

²⁰ Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a las restricciones verticales, DOUE C 248, 30.6.2022, p. 1–85, que acompañan al nuevo Reglamento 2022/720 de la Comisión Europea, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DO L134, 11.5.2022, p.4-13.

²¹ F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO “Bridging EU concerted practices with U.S. concerted actions”, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 10, Issue 3, September 2014, pp. 647–690.

27. La casuística de la Comisión en el mercado de la energía nos permite vislumbrar cómo esta tipología de acuerdos se ha dado y siguen dándose, de manera autónoma o combinando varias modalidades, en las relaciones contractuales de algunos de los operadores en el mercado interior de la energía. En el mercado del gas, una de las prácticas más habituales era introducir en los contratos cláusulas de reparto territorial de mercados. En una primera fase, la Comisión Europea, a mi modo de ver de manera equivocada, consideró oportuno adoptar varias decisiones entre 2002 y 2005²² contra empresas europeas gasistas (*GDF, ENI, ENEL*) y extracomunitarias (*Gazprom*²³, Rusia, *NLNG*, Nigeria²⁴, *Sonatrach*, Argelia) sin imponer sanciones. Para justificar la ausencia de sanción, la Comisión invocó que el proceso de liberalización iniciado en la UE implicaba cambiar las tradicionales prácticas contractuales de las operadoras gasistas europeas y no europeas aceptando los compromisos propuestos.

28. La primera sanción en el mercado del gas, por violación del artículo 101 del TFUE, se produjo el 8 de julio de 2009 contra *E.ON Ruhrgas (Alemania)* y *GDF Suez (Francia)* por un valor de 553 millones de euros para cada una de las empresas²⁵. Llama la atención esta sanción ya que se aplica a las mismas prácticas que fueron eximidas de sanción entre 2002 y 2004. En concreto, la Comisión les acusó de mantener en el tiempo el acuerdo de reparto de mercados nacionales cuando decidieron construir conjuntamente el gasoducto MEGAL a través de Alemania para importar gas ruso a Alemania y Francia, así como su compromiso de no vender el gas transportado por este gasoducto en los mercados nacionales respectivos. Mantuvieron hasta 2005 el acuerdo de reparto del mercado incluso después de que se liberalizara el mercado de gas. *E.ON* y *EDF* recurrieron en anulación la sanción que fue rebajada por el Tribunal General de 553 a 320 millones para cada una en sendas sentencias²⁶.

29. El 5 de marzo de 2014, la Comisión adoptó una decisión sancionando a *Power Exchanges*²⁷ (integrado por EPEX Spot Francia y Nord Pool Spot Noruega) con 3.6 millones y 2.3 millones, respectivamente, por incurrir de manera continuada en un acuerdo de no competencia, que incluía una asignación de territorios, tanto dentro de la UE como en el Espacio Económico Europeo (EEE). En concreto, la Comisión, consideró que “*la infracción se refiere a los servicios prestados por las bolsas de energía para facilitar la comercialización de productos de electricidad al contado. Dichos servicios de comercialización incluyen servicios para facilitar la comercialización propiamente dicha (es decir, llevar a cabo una bolsa de energía), la gestión de la asignación implícita de capacidades de interconexión transfronteriza a través del acoplamiento de mercados y servicios a terceros para el desarrollo y operación de la comercialización de electricidad al contado... El objetivo era restringir la competencia entre ellos, proteger sus bastiones tradicionales y acordar la expansión a nuevos países, manteniendo el equilibrio de poder entre ellos*”.

30. En 2018, la Comisión Europea abrió una investigación formal²⁸ para evaluar si los acuerdos de suministro entre las empresas de *Qatar Petroleum* (ahora *Qatar Energy*) que exportan gas natural licuado (GNL) e importadores europeos obstaculizaban el libre flujo de gas dentro del Espacio Económi-

²² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_04_1310 (última consulta 10.1.2023) El contrato GDF-ENI se refiere al transporte de gas natural adquirido por ENI en el norte de Europa. GDF lo transporta a través del territorio francés hasta la frontera con Suiza. El contrato contenía una cláusula que obligaba a ENI a comercializar el gas exclusivamente “aguas abajo del punto de entrega”, es decir, después de salir de Francia. El contrato GDF-ENEL se refiere al intercambio de gas natural licuado adquirido por ENEL en Nigeria. Contenía una cláusula que obligaba a ENEL a utilizar el gas únicamente en Italia

²³ A la luz de la invasión rusa de Ucrania y la extrema dependencia de Gazprom muchas de las decisiones que se tomaron entre 2002 y 2005 tendrían otro sentido y contenido para evitar el dominio de Gazprom en toda la UE. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_05_710 (Mercado Alemán) (última consulta 10.1.2023), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_03_1345 (Mercado Italiano) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_05_710 (Mercado Alemán) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/en/IP_05_195 Mercado Austriaco)

²⁴ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_02_1869 (última consulta 10.1.2023)

²⁵ V. DO C-248/5 de 16.10.2009.

²⁶ Sentencia del TGUE del 29 de junio del 2012 en el asunto T-360/09, ECLI:EU:T:2012:332 y Sentencia TGUE del 29 de junio del 2012 en el asunto T-370/09, ECLI:EU:T:2012:333.

²⁷ CASE AT.39952, Bolsas de Intercambio de Electricidad C(2014) 1204 final, DO C334/5, 25.9.2014.

²⁸ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4239 , (última consulta 10.1.2023)

co Europeo (EEE). En concreto, a juicio de la Comisión, los acuerdos a largo plazo de *Qatar Petroleum* (típicamente 20 o 25 años) para el suministro de GNL en el EEE contienen restricciones territoriales directas y/o indirectas. Ciertas cláusulas contenidas en estos acuerdos parecen restringir, directa o indirectamente, la libertad de los importadores del EEE para vender el GNL en destinos alternativos dentro del EEE. Por ejemplo, algunas cláusulas contractuales impiden el desvío de cargas hacia otro destino o restringen los territorios a los que se puede desviar o los volúmenes que se pueden desviar. Como resultado, estas cláusulas pueden limitar indebidamente el libre flujo de GNL vendido por *Qatar Petroleum* en el EEE, segmentando el mercado interno de gas de la UE. Sin embargo, en marzo de 2022, la Comisión cerró la investigación concluyendo que no existía restricciones a la competencia. El sentido de esta decisión de la Comisión Europea quizá hay que incardinarla en la alternativa que presenta Catar frente a Rusia. En otras circunstancias geopolíticas, probablemente, se hubiera obligado a Qatar Energy a aceptar compromisos poniendo fin a las limitaciones territoriales que se derivan de sus acuerdos de suministro, evitando así una eventual sanción.

31. Para la exención de sanciones de manera objetiva y transparente, el derecho de la competencia de la UE prevé, en el apartado 3º del artículo 101 TFUE, un sistema de exención ante la consecución de eventuales eficiencias. Este sistema se desarrolla y complementa con el Reglamento 2022/70, de 10 mayo 2022, directamente aplicable desde el 1 junio de 2022. La carga de la prueba recae en las empresas implicadas para lograr que sean autorizados o eximidos de la prohibición los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que garanticen la consecución de alguno de los siguientes beneficios o eficiencias: contribuyan a mejorar la producción o distribución; Incrementen el progreso técnico o económico; Reserven al consumidor una parte de los beneficios; No impongan restricciones accesorias; Garanticen la supervivencia de la competencia; Permita desarrollar nuevos productos o servicios; Reduzca los costes; Abran los mercados; Racionalicen la producción.

32. Estas ventajas o beneficios que se extraen de una eventual restricción de la competencia son las principales líneas de defensa de las empresas energéticas implicadas en una investigación “*antitrust*”. Es la Comisión Europea la que valora el equilibrio entre la restricción de la competencia y el logro de eficiencias que compensen la primera. Así, en su Decisión de 18 de junio de 2012, en el caso *Siemens/ Areva*²⁹, en el sector de centrales nucleares civiles en Francia, la Comisión no aceptó la prohibición de competencia invocada por Areva como restricción necesaria por su excesiva duración.

33. A la hora de establecer un marco legal de flexibilización y ponderación entre garantía de la competencia y desarrollo empresarial sectorial, la UE ha venido aprobando diferentes Reglamentos de exenciones recientemente actualizados³⁰ orientados a permitir, bajo ciertas premisas, lo que se conoce como categoría de acuerdos horizontales y verticales ya referidas, así como los nuevos Reglamentos sobre investigación y desarrollo y de especialización; distribución en exclusiva; de transferencia de conocimiento.

²⁹ https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39736/39736_1746_5.pdf, (última consulta 10.1.2023)

³⁰ Reglamento (UE) 2023/1066 de la Comisión de 1 de junio de 2023 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo, DO L 143, de 2 .6.2023, pág. 9 a 19, en Reglamento (UE) 2023/1067 de la Comisión de 1 de junio de 2023 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización, DO L143, de 2 .6.2023, pág.20 a 26. Comunicación de la Comisión, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, *DO C 11 de 14.1.2011, p. 1/72*. Reglamento (UE) 2022/720 de la Comisión de 10 de mayo de 2022 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, *DO L 134 de 11.5.2022, p. 4/13*. Reglamento (UE) 2022/2456 de la Comisión de 8 de diciembre de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 1218/2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización, DO L321, 15.12.2022, p.3/4. Reglamento (UE) 2022/2455 de la Comisión de 8 de diciembre de 2022 por el que se modifica el Reglamento (UE) 1217/2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo DO L321, 15.12.2022, p.1-2.

IV. El abuso de posición dominante y mercado interior de la energía.

34. Los abusos de posición dominante son otro comportamiento empresarial perseguido por las normas de competencia con una clara finalidad de actuar sobre aquellas estructuras de mercado que alteren la competencia. Sin lugar a dudas, la persecución del abuso o de la explotación abusiva de una posición dominante adquiere una relevancia clave en el mercado interior de la energía. Es un mercado caracterizado históricamente por estructuras en forma de monopolios u oligopolios derivados del propio proceso de liberalización acometido y de la condición de ser actividades “*network industries*” o basadas en infraestructuras de redes.

35. La liberalización y privatización emprendida a la luz de la normativa europea ha permitido transformar relativamente estas estructuras³¹, pero queda un largo camino para poder afirmar que el mercado interior de la energía es un mercado en competencia efectiva o “*workable competition*”³². Para complementar los efectos de la liberación normativa, se debe concebir la aplicación de las normas de competencia como un instrumento clave, preventivo y reactivo, contra los abusos que impidan el pleno disfrute del mercado interior de la energía para los consumidores europeos. Los consumidores deben beneficiarse plenamente de un mercado abierto, transparente, transeuropeo y a unos precios equitativos. Sin olvidar a los operadores energéticos interesados en un mercado con estas características. Consumidores y operadores o, dicho de otra manera, demanda y oferta, requieren de una estructura de mercado a salvo de los potenciales abusos.

36. El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 6 de septiembre de 2017, asunto *Intel/Comisión*³³, nos ofrece una aproximación realista a lo que debe ser un mercado en competencia efectiva y cómo las normas de competencia no se oponen a que, como “*consecuencia de una competencia basada en los méritos, desaparezcan o resulten marginalizados en el mercado de que se trate competidores menos eficientes y, por tanto, menos interesantes para los consumidores, en particular, desde el punto de vista de los precios, la gama de productos, la calidad o la innovación*”...

37. Como se ha señalado, la disposición aplicable a los abusos de posición dominante es el artículo 102 del TFUE que expresa el objetivo general asignado por el artículo 3 TFUE, apartado 1, letra b), sobre el establecimiento de las normas de competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior. Así, el artículo 102 del TFUE estipula que “*Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo...*”. Tanto del pronunciamiento del TJUE como del propio contenido normativo se desprende que no se persigue y sanciona que una empresa tenga una posición dominante en un determinado mercado geográfico sobre un producto o servicio dado sino el abuso que pueda realizar de la misma, perjudicando a otros competidores actuales o potenciales y, en última instancia, a los consumidores europeos que se ven privados de la competencia necesario para obtener un mejor precio, servicio, calidad o desarrollo tecnológico. En el artículo 102 del TFUE, se establece un listado no exhaustivo de eventuales comportamientos que pueden ser considerados como una explotación abusiva.

38. Para comprender cuándo se produce un posible abuso de posición dominante por una o varias empresas en un mercado relevante conviene definir qué se entiende por posición dominante. Las históricas sentencias del Tribunal de Justicia de la UE en los asuntos *United Brands* de 14 de febrero

³¹ T. DUSO, F. SZÜCS V. BÖCKERS, *Abuse of dominance and antitrust enforcement in the German electricity market*, Working Paper, Munich, September 2017, CESifo nº 6681. pp.1-37.

³² R. HAAS, H. AUER, “The prerequisites for effective competition in restructured wholesale electricity markets”, *Energy*, Volume 31, Issues 6–7, 2006, pp. 857-864,

³³ STJUE de 6 septiembre de 2017, Asunto C-413/14, ECLI:EU:C:2017:632, apt.134.

1978³⁴ y *Hoffman-La Roche* de 23 febrero 1979³⁵, establecen los pilares interpretativos para delimitar el concepto de posición dominante y su alcance en el mercado europeo. Así, se puede señalar que una posición dominante existe cuando se produce una situación de poder económico de una o más empresas que les otorga la capacidad de obstaculizar o impedir la competencia, al disfrutar de un predominio e independencia respecto de sus competidores en el mercado dado. Habida cuenta de la estructura que ha venido caracterizando el mercado interior de la energía, la delimitación diferenciadora que efectúa el TJUE en *Hoffman-La Roche* entre posición dominante y monopolios/oligopolios es muy clarificadora para el mercado interior de la energía. La cuestión entonces es identificar si existe una posición dominante para luego definir si se puede abusar o no de la misma. Para ello, se acude a dos criterios³⁶ para medir la posición dominante y su potencial abuso.

39. El primer criterio para medir la existencia de una posición dominante consiste en definir el mercado relevante por la/s empresa/as que disfrutan de esa posición. El segundo es el mercado geográfico relevante en el que se ostenta la posición dominante. El mercado relevante desde el ángulo del producto o servicio ofrecido se suele medir atendiendo al criterio de la elasticidad cruzada de la demanda y de la oferta del producto o servicio de que se trate. Así, por ejemplo, si la/s empresa/as producen electricidad se lleva a cabo la simulación de si ante la elevación del precio de la electricidad en un determinado mercado geográfico, los consumidores optarían por consumir gas. Si la respuesta es negativa implica que la demanda es inelástica y, por tanto, el mercado relevante del producto afectado sólo sería los productores/distribuidores de electricidad y se tendría que excluir a los productores/distribuidores de gas.

40. En la práctica supone que, si existen dos o tres empresas que producen electricidad en el mercado geográfico dado, tendrían una situación de mercado oligopolístico sobre la electricidad y, por tanto, podrían tender a abusar de esa posición ya que el consumidor no sustituiría la electricidad por gas al considerar que no son productos intercambiables. Por lo tanto, en esta situación, la amenaza para la competencia es mayor ya que un acuerdo entre ellas en materia de precios o de reducción de la producción tendría unos efectos negativos sobre el mercado y sobre los consumidores. Para evaluar el grado de amenaza también se tiene en cuenta la elasticidad de la oferta que se manifiesta si los productores de electricidad en mercados vecinos tendrían fácil su entrada o la distribución de su electricidad ante una subida de precios en el mercado geográfico retenido. Si las barreras de acceso o distribución al mercado geográfico relevante son muy elevadas, la presión anticompetitiva sería aún mayor. Riesgo agravado por tratarse de industrias basadas en redes y que dificulta la entrada de competidores en mercados vecinos que puedan atenuar el alcance de su posición dominante oligopolista.

41. El segundo criterio para medir la existencia de posición dominante es determinar el mercado geográfico afectado o relevante. En el supuesto de la producción de electricidad, si el mercado geográfico afectado es un mercado nacional, la posición dominante de las tres empresas productoras se ve atenuada por la existencia de productores de electricidad en los mercados vecinos europeos que podrían entrar con facilidad en el mercado geográfico relevante y limitar el abuso que pudieran tratar de realizar las empresas eléctricas en situación de oligopolio. En este caso, el mercado geográfico relevante sería el mercado en el que se encuentra el oligopolio y los mercados vecinos. La Comisión Europea, acota el mercado geográfico relevante en tres categorías, mercados nacionales (uno o varios Estados miembros), mercado de la UE/

³⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=ES> (última consulta 10.1.2023).

³⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61976CJ0085&from=ES>, El TJUE establece que “... la posición dominante a diferencia de una situación de monopolio o de cuasi-monopolio no excluye la existencia de una cierta competencia, pero sitúa a la empresa que se beneficia de ella en situación, si no de decidir, cuando menos de influenciar notablemente a las condiciones en las que esa competencia se desarrollará y, en cualquier caso, en situación de comportarse en una amplia medida sin tener que tomar en cuenta esa competencia y sin que, sin embargo, esa actitud le resulte perjudicial...”(última consulta 10.1.2023)

³⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de la Unión en materia de competencia, 2022 *DO C 372 de 9.12.1997*, p. 5/13. En 2023 se espera la publicación de la comunicación, v. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6528, (última consulta 10.1.2023)

EEE, o mercado mundial. Cuánto más amplio es el mercado geográfico retenido menos probabilidades de afectación de la competencia existe. La casuística de la Comisión muestra una cierta discrecionalidad a la hora de definirlos que permite reforzar o atenuar la existencia de abuso y, por ende, de la sanción.

42. Una vez constatado el mercado del producto o servicio y su ámbito geográfico hay que entrar a analizar el poder económico del que disponen las tres empresas productoras para determinar si existe o no un abuso de su posición dominante. Para ello se analizan diferentes factores como si existe un oligopolio real y efectivo o es coyuntural; si las cuotas de mercado son muy elevadas; si existen barreras jurídicas, económicas, comerciales o de otra índole para entrar en el mercado geográfico delimitado; si las empresas en posición dominante disfrutaban de unos recursos financieros o tecnológicos que hacen poco factible la continuidad de los competidores actuales o que surjan nuevos competidores; si disponen de una red comercial tan perfeccionada que haría inviable la entrada de un nuevo competidor, etc.,. El análisis de la confluencia de estos elementos debe permitir valorar la existencia de explotación abusiva, como concepto objetivo, referida a la conducta de una o varias empresas -posición dominante oligopolística- que influyen la estructura del mercado, debilitando el grado de competencia, mediante el recurso a métodos inusuales en competencia normal para las transacciones comerciales de bienes o servicios, originando una amenaza del grado de competencia en un mercado geográfico dado o el desarrollo de una competencia adecuada.

43. La visión del TJUE sobre la explotación abusiva de la posición dominante en el mercado interior de la energía eléctrica en el mercado italiano, mediante prácticas de exclusión de competidores, se manifiesta en la sentencia de 12 de mayo de 2022 en el asunto C377/20 *Servizio Elettrico Nazionale SpA y otros contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato y otros*³⁷. El TJUE interpreta en este asunto que “...para determinar si una práctica constituye una explotación abusiva de una posición dominante, basta con que una autoridad de competencia demuestre que dicha práctica puede menoscabar la estructura de competencia efectiva en el mercado pertinente, a menos que la empresa dominante de que se trate demuestre que los efectos contrarios a la competencia que pueden derivarse de dicha práctica se ven contrarrestados, o incluso superados, por efectos positivos para los consumidores, en particular en lo que concierne a los precios, la gama de productos, la calidad y la innovación”. Una vez delimitada la explotación abusiva y que no concurren eficiencias que la atenúen, el TJUE, analiza el comportamiento específico del grupo de empresas ENEL y sus potenciales efectos excluyentes para afirmar que la práctica es abusiva “...cuando es llevada a cabo por una empresa que ocupa una posición dominante, si puede producir un efecto excluyente y si se basa en la utilización de medios distintos de los propios de una competencia basada en los méritos. Cuando concurren estos dos requisitos, la empresa en posición dominante de que se trate puede, no obstante, eludir la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE demostrando que la práctica en cuestión estaba objetivamente justificada y resultaba proporcionada a dicha justificación o podía verse compensada, o incluso superada, por mejoras de la eficacia que beneficiaban también a los consumidores.”.

44. La aplicación de este marco general de la explotación de una posición dominante al mercado interior de la energía requiere un análisis complementario de la casuística de la Comisión. El 10 de mayo de 2006, la Comisión Europea abrió investigación contra la posición dominante de *Distrigaz* en el mercado belga³⁸ que además se encontraba afectada por la fusión entre *GDF* y *Suez*. La Comisión

³⁷ STJUE 12 mayo de 2022, asunto C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379 apart.45-46 y 73. Esta cuestión prejudicial surge a raíz de que la Autoridad de Competencia Italiana (AGCM) declaró que SEN y EE habían cometido, bajo la coordinación de su sociedad matriz ENEL, a partir de enero de 2012 y hasta mayo de 2017, un abuso de posición dominante contrario al artículo 102 TFUE en los mercados de venta de energía eléctrica a los usuarios domésticos y no domésticos conectados a la red de baja tensión en las zonas en las que el grupo ENEL gestionaba la actividad de distribución. En consecuencia, la AGCM impuso solidariamente a las sociedades antes mencionadas una multa que ascendía a 93 084 790,50 euros.

³⁸ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_07_1487, Comunicación publicada de conformidad con el artículo 27, apartado 4, del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en el Asunto COMP/B-1/37966 — *Distrigaz* (2007/C 77/14), (última consulta 10.1.2023).

Europea entendió que dada la posición dominante en el mercado belga de suministro de gas por parte de *Distrigaz*, esta podía abusar de su posición al dificultar la entrada de otros competidores en el mercado belga de gas mediante la duración de los contratos de suministros y los volúmenes de gas vinculados a tales contratos que impedía que los clientes buscasen otros proveedores alternativos. Para evitar una posible sanción, *Distrigaz* propuso, como compromisos entre 2007 y 2010, no celebrar nuevos contratos de suministro de gas con revendedores de gas con una duración superior a dos años. La duración máxima de los nuevos contratos con otros grandes clientes de gas (consumidores industriales y generadores de electricidad) sería de cinco años, excepto para las nuevas centrales eléctricas de gas. Además, *Distrigaz* se aseguraría de que una media del 70% del gas que tiene contratado para suministrar a estos clientes volvería al mercado cada año y no incluiría cláusulas de uso, reventa o destino ni cláusulas de renovación tácita en los futuros acuerdos de suministro de gas y eliminaría estas cláusulas en los actuales acuerdos de suministro.

45. El 26 de noviembre de 2008³⁹, *E.ON electricidad* fue objeto de un pliego de cargos por abuso de posición dominante por la Comisión Europea basada en que *E.ON* habría diseñado una estrategia para retirar capacidad de generación disponible limitando el suministro de electricidad de algunas plantas en el mercado a corto plazo, es decir cualquier bolsa de electricidad EEX, con vistas a aumentar los precios de la electricidad en perjuicio de los consumidores y abusando de ese modo de una posición dominante en el mercado eléctrico mayorista alemán. La Comisión, adicionalmente, señaló su preocupación de que este comportamiento se hubiera llevado a cabo mediante una estrategia de *E.ON*, a medio y largo plazo, para evitar que los competidores reales o posibles se introdujesen en el mercado de la generación y limitar así el volumen de mercado de la generación de electricidad. En el mercado eléctrico de ajustes alemán, se le acusaba en primer lugar, de incrementar sus propios costes con el fin de favorecer a su filial de producción y repercutir estos costes sobre el consumidor final, y, en segundo lugar, impidiendo que los productores de electricidad de otros Estados miembros exportasen electricidad en el mercado de ajustes de *E.ON*. Para evitar la sanción, *E.ON*, planteó como compromisos la cesión de capacidad a competidores y la cesión de centrales a competidores actuales o potenciales. Se ponía fin así a la investigación por abuso de posición dominante.

46. El 22 de enero de 2010⁴⁰, *E.ON Gas*, con una posición dominante en el (los) mercado(s) de transporte de gas, con su red de gas de bajo valor calorífico y la red *NetConnect Germany*, fue acusada de abusar al negarse a proveer mediante reservas a largo plazo en el sistema de transporte de *E.ON*. *E.ON* había reservado grandes proporciones de sus capacidades disponibles de entrada firme y libremente asignable de su red de transporte de gas, lo que podía llevar, de conformidad con la evaluación preliminar, a excluir del mercado a los competidores que trataran de transportar y vender gas a los clientes conectados a la red de *E.ON* y, por lo tanto, podía restringir la competencia en los mercados descendentes de suministro de gas de Alemania. Para evitar la sanción, *E.ON*, propuso compromisos que fueran aceptados por la Comisión Europea.

47. El 5 de marzo de 2010⁴¹, *ENI* presentó una serie de compromisos para evitar la sanción por abuso de posición dominante en el mercado de suministro de gas en Italia y de suministro hacia Alemania, Austria y Suiza, deshaciéndose de sus activos empresariales en estos tres mercados. La Comisión Europea le acusaba de haber abusado de su posición dominante, al negarse a suministrar capacidad de transporte en sus conducciones de gas natural. En especial, la gestión y explotación por *ENI* de sus gasoductos de gas natural podían haber implicado supuestamente “i) una denegación de acceso a la capacidad disponible en la red de transporte («acaparamiento de capacidad»), ii) una oferta de capacidad de manera menos útil («degradación de capacidad»), y iii) una limitación estratégica de la inversión («insuficiente inversión estratégica») en su red de gasoductos internacionales, con el objetivo o efecto

³⁹ DO C 36/8, 13.2.2009.

⁴⁰ DO C16/42, 22.1.2010.

⁴¹ DO C55/13, 5.3.2010.

de excluir a los competidores que intentasen transportar y vender gas a clientes italianos y, por tanto, haber restringido la competencia en los mercados descendentes de suministro de gas”.

48. El 5 de marzo de 2014⁴², la Comisión emitió una Decisión sancionando con 1.031.000 euros a *OPCOM* y su filial *Transelectrica* por abuso de posición dominante en Rumanía en el mercado de servicios de mediación en el comercio a corto plazo («al contado») de electricidad (mercados del día anterior e intradiario) por discriminar a las empresas competidoras activas en el comercio mayorista de la electricidad sobre la base de su nacionalidad o por el lugar de establecimiento. El abuso consistía en que en sus acuerdos tipo con las empresas interesadas, *OPCOM* exigía la inscripción en el censo del IVA rumano para poder ser admitidos a los mercados al contado de la bolsa de electricidad, pese a que los operadores de la UE ya contaban con un número de identificación a efectos del IVA en su propio país de origen, lo que implicaba repercutirles unos costes adicionales para operar en el mercado rumano.

49. El 12 de agosto de 2014⁴³, la Comisión Europea acusó a *Bulgarian Energy Holding* (*BEH*) de tener una posición de dominio en el mercado de suministro mayorista de electricidad a precios negociados libremente en Bulgaria. La Comisión considera que las cláusulas de destino impuestas por *BEH* suponen restricciones territoriales a la reventa de la electricidad y que figuran en los contratos suscritos por las filiales de *BEH* para el suministro mayorista de electricidad a precios negociados libremente a entidades distintas de los usuarios finales. El abuso se traduce en un efecto potencial de incrementar los obstáculos al comercio entre Bulgaria y otros Estados miembros, falseando así la distribución de electricidad en el mercado único y afectando a la liquidez y la eficiencia de los mercados de la electricidad. *BEH* propuso compromisos para eliminar el abuso en este mercado que fueron aceptados por la Comisión sin imponerle finalmente ninguna sanción.

50. La Comisión inició el 14 septiembre de 2018 un procedimiento contra *Transgaz* (Operador único del Sistema de Transmisión de gas -TSO- por una concesión exclusiva hasta el 2032) por posible abuso de posición dominante en el mercado rumano de gas que culminó con compromisos el 28 de julio de 2020. El abuso de *Transgaz* se centraba en haber establecido una estrategia para limitar la libre circulación de gas natural procedente de Rumanía a Hungría y Bulgaria, ejecutada a través de distintos medios, tales como “(i) inversiones insuficientes o demoras estratégicas en la construcción de infraestructuras pertinentes para las exportaciones, (ii) la aplicación de tarifas de interconexión a la exportación de gas natural a otros Estados miembros de manera que esta deje de ser comercialmente viable, y (iii) el uso abusivo de argumentos técnicos como pretexto para mejorar las exportaciones de gas natural procedente de Rumanía a otros Estados miembros, o justificar los retrasos en estas”, frustrando con estas prácticas la realización de un mercado interior europeo del gas natural.

51. Una referencia al caso *Gazprom* explica el nivel de dependencia rusa⁴⁴ al que se llegó con el beneplácito de la UE y cuyos problemas se están desarrollando a raíz de las sanciones contra Rusia. El 22 de abril de 2015, la Comisión Europea emplazó a *Gazprom* por una posición dominante en los ocho mercados de Europa Central y Oriental (ECO) en el suministro mayorista de gas en sentido ascendente, que culminaron, para evitar una sanción, con los compromisos iniciales en 2017⁴⁵, y los finales, el 24 de mayo de 2018⁴⁶, cuya valoración a la luz de la situación actual son claramente insuficientes.

52. En concreto, la Comisión consideró que *Gazprom*, desplegó tres prácticas potencialmente abusivas. En primer lugar, *Gazprom* había incluido restricciones territoriales como cláusulas de desti-

⁴² DO C314/7, 13.9.2014.

⁴³ https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39767/39767_2018_3.pdf, (última consulta 10.1.2023).

⁴⁴ I, PATRABAU, “Emerging from the war in Ukraine into a secure energy transition”, *Journal of International Affairs*, 75(2), 2023, pp.121-129. C, LOCATELLI. “EU-Russia trading relations: the challenges of a new gas architecture”, en *European Journal of Law and Economics*, 2015, 39 (2), p.313-329.

⁴⁵ DO C 81 de 16.3.2017, p. 9/11.

⁴⁶ DO C 258 de 23.7.2018, p. 6/8.

no y prohibiciones de exportación en todos sus acuerdos de suministro con mayoristas y con algunos clientes industriales. *Gazprom* también había obstaculizado la venta transfronteriza de gas a través de medidas equivalentes que tienen el mismo efecto, como los requisitos de medición y una política restrictiva con respecto a los cambios en los puntos de entrega de gas. El propósito era segmentar el mercado interno a lo largo de las fronteras nacionales para proteger la política nacional de precios de *Gazprom* en ECO. En segundo lugar, *Gazprom* parecía seguir una política de precios injusta al cobrar precios, a algunos mayoristas en ECO (Bulgaria, Estonia, Letonia, Lituania y Polonia), excesivos en comparación con los costos de *Gazprom* o con los precios de referencia, mientras usaba fórmulas de precios basadas en indexación del petróleo en estos países que pueden haber contribuido a unos precios excesivos. En tercer lugar, *Gazprom* podía haber aprovechado su dominio condicionando el suministro de gas y los precios del gas en Bulgaria y Polonia a la obtención de ciertos compromisos de infraestructura no relacionados de los respectivos socios búlgaros y polacos.

53. Los compromisos propuestos por *Gazprom* para aliviar estas prácticas abusivas fueron admitidos por la Comisión para eludir la sanción a pesar de que entre ellos se encontraba “*bajo la condición de firmar nuevos contratos a largo plazo con Gazprom*”. Estos compromisos fueron objeto de recurso de anulación ante el Tribunal General por *Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.* que fue estimado por el Tribunal General en la Sentencia de 2 de febrero de 2022⁴⁷ por cuestiones procedimentales. Sin embargo, el propio Tribunal General descartó la anulación en el asunto separado⁴⁸ que afectaba a la valoración de los compromisos propuestos por *Gazprom* y aceptados por la Comisión.

V. Las ayudas de Estado y el mercado interior de la energía

54. El régimen legal de las ayudas de Estado se encuentra en los artículos 107 a 109 del TUE. Para evitar que las ayudas estatales falseen o amenacen con falsear la competencia en el mercado interior y afecten a los intercambios entre Estados miembros, el artículo 107, apartado 1, TFUE establece el principio de la prohibición de las ayudas estatales⁴⁹, al señalar que “... *serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.*”

55. En la sentencia del TJUE de 27 enero de 2022, en el asunto C-179/20, *Fondul Proprietatae contra Rumania*⁵⁰, el Tribunal consideró que “*la calificación de una medida nacional como «ayuda de Estado», a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1, requiere que concurren todos los requisitos siguientes. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, tal intervención debe poder afectar a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. En tercer lugar, debe conferir una ventaja selectiva a su beneficiario. En cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia*”

56. En relación con el primero de los elementos, el TJUE recuerda en su Sentencia de 15 de mayo de 2019⁵¹, *Achema y otros*, C706/17, que “... *una obligación de compra de energía puede estar comprendida dentro del concepto de «ayuda» aunque no implique una transferencia de fondos esta-*

⁴⁷ STGUE 2 de febrero 2022 asunto T-399/19, ECLI:EU: T:2022:44, apart.97. CH.BREUVART AND P, LACONTE, “Balancing the complainant’s right to be heard with the Commission’s discretion to accept commitment in antitrust proceedings- an example coming from the gas sector: cases T-399/19 and T-616/18 *Polskie Górnictwo Naftowe I Gazownictwo*”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, vol.14, n°1, pp.24-27.

⁴⁸ STGUE de 2 febrero de 2022, asunto T-616/18, ECLI:EU: T:2022:43, apart.304 y ss.

⁴⁹ E. RIGHINI, G. CATTI DE GASPERI, “Survey – The Application of EU State Aid Law in the Energy Sector”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 10, Issue 1, January 2019, pp. 53–68.

⁵⁰ STJUE de 27 enero de 2022 asunto C-179/20, ECLI:EU:C:2022:58, apart.86

⁵¹ STJUE de 15 mayo de 2019, asuntos C-706/17, ECLI:EU:C:2019:407, apart.52.

tales”. El segundo elemento, a la luz de la Sentencia de 18 de mayo de 2017⁵², *Fondul Proprietatea*, C150/16, concurre “*cuando un Estado miembro concede una ayuda a empresas, la actividad en su mercado interno puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión... no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, sino únicamente examinar si tal ayuda puede afectar a dichos intercambios y falsear la competencia*”.

57. El tercer elemento, al amparo de la sentencia de 17 de septiembre de 2020⁵³, *Compagnie des pêches de Saint-Malo*, C212/19, debe considerarse que “*...no es necesario acreditar la incidencia real de la ayuda sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y el falseamiento efectivo de la competencia, sino únicamente examinar si tal ayuda puede afectar a dichos intercambios y falsear la competencia*” Para afirmar, a continuación, que el paquete completo de medidas de la legislación rumanana en favor de dos productores de electricidad, *CE Hunedoara* y *CE Oltenia*, les permite garantizar el suministro de una determinada cantidad de electricidad y les permite prestar servicios auxiliares, ahorrando los costes correspondientes a la puesta en marcha y la reactivación de las instalaciones, generando con ello electricidad a un mejor precio gracias a la eliminación de esos costes y, por ende, pueden “*...conferir a los productores de electricidad beneficiarios una ventaja económica respecto de sus competidores, ventaja que no habrían obtenido en condiciones normales de mercado. Por consiguiente, ... puede cumplirse el requisito relativo a la existencia de una ventaja económica selectiva*”.

58. El último elemento, el TJUE considera que también se ve afectado por las ayudas rumanas al reforzar la posición dominante puesto que “*... la actividad en su mercado interno puede mantenerse o aumentar, con la consecuencia de que disminuyen con ello las posibilidades de las empresas establecidas en otros Estados miembros de penetrar en el mercado del Estado miembro en cuestión... las ayudas que tienen por objeto liberar a una empresa de los costes propios de su gestión corriente o de sus actividades normales, con los que normalmente debería haber cargado, falsean, en principio, las condiciones de competencia... lo que también les permitió reducir el precio final de la electricidad que ofrecen*”.

59. El TJUE, en sentencia de 27 enero de 2022, en el asunto C-179/20, *Fondul Proprietatae contra Rumanía* considera que el sistema rumano adoptado es contrario al artículo 107,1 del TFUE al interpretar que “*una serie de medidas establecida por decisión del gobierno y consistente en una ordenación preferente, por el gestor de la red cuyo capital pertenece mayoritariamente al Estado, de la electricidad generada por determinados productores de electricidad cuyas instalaciones utilizan fuentes de combustión de energía primaria autóctonas, un acceso garantizado a las redes de transporte para la electricidad generada por esas instalaciones de dichos productores y la obligación de esos mismos productores de prestar servicios auxiliares al gestor de la red por una determinada cantidad de megavatios, que les reserva, en relación con esa cantidad, un derecho de suministro a precios fijados de antemano y supuestamente superiores a los de mercado, puede ser calificada como «ayuda de Estado», con arreglo a dicho artículo 107 TFUE, apartado 1. Si así se califica, esa serie de medidas debe ser considerada como ayuda nueva y, como tal, está sujeta a la obligación de notificación previa a la Comisión conforme al artículo 108 TFUE, apartado 3.*”

60. En un sentido parecido, el Abogado General Athanasios Rantos, en sus Conclusiones de 14 de junio de 2022⁵⁴, propone al Tribunal que “*La obligación impuesta al operador público de comprar electricidad a un precio superior al precio de mercado a productores que utilizan fuentes de energía renovables para producir electricidad, sirviéndose de la obligación impuesta al consumidor final de pagar en proporción al consumo realizado, constituye una ayuda otorgada mediante fondos estatales en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE.*”

⁵² STJUE de 18 mayo de 2017, asunto C-150/16, ECLI:EU:C:2017:388, apart. 29-34

⁵³ STJUE de 17 septiembre de 2020 asunto C-212/19, ECLI:EU:C:2020:726, apart.39-40.

⁵⁴ Conclusiones Abogado General, 14 de junio 2022, ECLI:EU:C: 2022:465.

61. No obstante, lo dispuesto en artículo 107.1 del TFUE, se ve atenuado por un desarrollo que habilita opciones para otorgar ayudas estatales en determinados casos. En concreto, este tipo de ayudas puede ser compatible con el mercado interior en virtud del propio artículo 107, apartado 2º – cuyo listado son reconocidas cómo válidas- y apartado 3º -que deben ser autorizadas por la Comisión previa notificación-, del artículo 107 del TFUE. De conformidad con el artículo 107, apartado 3, letra c), del Tratado⁵⁵, una medida de ayuda puede declararse compatible con el mercado interior siempre que se cumplan dos condiciones. La condición positiva es que la ayuda facilite el desarrollo de una actividad económica incentivándola. La condición negativa, que no afecte desfavorablemente a los intercambios en un grado contrario al interés común. En la valoración de estas condiciones se tiene muy presente los criterios de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y transparencia de las ayudas.

62. La valoración del alcance de estas dos condiciones en la jurisprudencia del TJUE se aprecia en la sentencia del TJUE *Austria/Comisión*, asunto C-594/18 P, de 22 de septiembre de 2020⁵⁶, en la que desestima el recurso casación de Austria contra la sentencia del Tribunal General considerando compatible la ayuda otorgada por el Reino Unido a la Central Nuclear de *Hinkley Point C*, a la luz del artículo 107.3 c). del TFUE.

Los Estados miembros deberán notificar a la Comisión⁵⁷ las ayudas estatales de conformidad con el artículo 108, apartado 3, del TFUE, con la excepción de las medidas que cumplan las condiciones establecidas en los Reglamentos *de minimis*⁵⁸, de exención por categorías⁵⁹ y otros⁶⁰ adoptados por la UE conforme al artículo 109 del TFUE.

63. Entre los casos que habilitan un sistema específico de ayudas, se encuentra lograr los objetivos del Pacto Verde⁶¹ y la Ley del Clima⁶² con “...la consecución de los objetivos de neutralidad climática, adaptación al cambio climático, eficiencia energética y en el uso de los recursos y el «principio de primacía de la eficiencia energética...»⁶³. A raíz de estos objetivos, más la posterior situación energética y económica derivada de la invasión a Ucrania,⁶⁴ al amparo del artículo 107, apartado 3, letra b) TFUE, se han desplegado todo un arsenal de ayudas de Estado con programas financiados por la propia UE.

⁵⁵ M. IAKOVENKO, “Article 106(2) or Article 107(3) TFEU? The Compatibility of State Aid for Security of Supply Projects with the EU’s *acquis*: A Vision from Energy Community Contracting Party”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 10, Issue 6, June 2019, pp. 337–348.

⁵⁶ STJUE de 22 septiembre de 2020, asunto C-594/18, ECLI:EU:C:2020:742, apart.143-151

⁵⁷ Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO L 248 de 24.9.2015, p. 9/29.

⁵⁸ Reglamento de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis*, DO 2013, L 352, p. 1.

⁵⁹ Reglamento (UE) No 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, DO L 187 de 26.6.2014, p. 1/78, Reglamento (UE) 2015/1588 del Consejo, de 13 de julio de 2015, sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales, DO L 248 de 24.9.2015, p. 1/8.

⁶⁰ Reglamento (UE) 2021/1237 de la Comisión de 23 de julio de 2021 por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 651/2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. DO L 270 de 29.7.2021, p. 39/75.

⁶¹ COM(2019) 640 final, 11.12.2019, Comunicación de la Comisión. El Pacto Verde Europeo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN> (última consulta 10.1.2023)

⁶² Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n°401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»). DO L 243 de 9.7.2021, p. 1/17.

⁶³ Directrices sobre ayudas estatales en materia de clima, protección del medio ambiente y energía 2022 (2022/C 80/01) DO C 80 de 18.2.2022, p. 1/89.

⁶⁴ Comunicación de 28 octubre de 2022, sobre el Marco Temporal de Crisis relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía tras la agresión contra Ucrania por parte de Rusia, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XC1109\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022XC1109(01)&from=EN), (última consulta 10.1.2023), COM(2022) 108 final, REPowerEU: Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022DC0108&from=EN>, (última consulta 10.1.2022). Reglamento (UE) 2022/1854 del Consejo de 6 de octubre de 2022 relativo a una intervención de emergencia para hacer frente a los elevados precios de la energía, DO L 261I de 7.10.2022, p. 1/21.

64. En relación con el mercado interior de la energía, se recoge todo un sistema de ayudas para reforzar “...la seguridad del suministro de electricidad; para infraestructuras energéticas; ...reducciones de las exacciones sobre la electricidad a los grandes consumidores de energía; ayudas al cierre de centrales eléctricas que utilizan carbón, turba o esquisto bituminoso...etc.”

65. Las Directrices aprobadas en febrero de 2022 permite determinar el grado de compatibilidad de las ayudas que se van a desplegar en estos sectores atendiendo a los principios que inspiran la autorización de ayudas públicas - necesidad, idoneidad, proporcionalidad y transparencia-. La ejecución de todas estas ayudas debe transformar el mercado interior de la energía e incidir en su independencia de los canales tradicionales de suministro. Desde el ángulo de la competencia, será la competencia entre operadores energéticos, la vigilancia de la Comisión y, en su caso, la intervención del TJUE, los que determinen el impacto sobre la competencia de todo este arsenal de ayudas públicas en los próximos años.

66. En este sentido, la salvaguarda de la competencia en sentido estricto en el mercado interior de la energía no parece ser una de las prioridades o al menos está subordinada a otras. Así se deduce, si atendemos a que la propia Red Europea de Competencia (ECN)⁶⁵ declaró que, al igual que se hizo para afrontar la crisis del Covid, ahora, para superar las turbulencias energético-económicas derivadas de la guerra de Ucrania “La ECN entiende que esta situación extraordinaria puede desencadenar la necesidad de que las empresas aborden graves perturbaciones provocadas por el impacto de la guerra y/o de las sanciones en el Mercado Interior. Esto puede incluir, por ejemplo, la cooperación para (i) garantizar la compra, el suministro y la distribución justa de productos e insumos escasos; o (ii) mitigar graves consecuencias económicas, incluidas las derivadas del incumplimiento de las sanciones impuestas por la UE. Teniendo en cuenta las circunstancias actuales, las medidas de cooperación para mitigar el efecto de perturbaciones graves probablemente no equivaldrían a una restricción de la competencia... la ECN no intervendrá activamente frente a medidas estrictamente necesarias y temporales específicamente dirigidas a evitar las citadas perturbaciones severas provocadas por el impacto de la guerra y/o de las sanciones”.

VI. El control de concentraciones empresariales y el mercado interior de la energía

67. La liberalización de los mercados nacionales de la energía desde la década de los 90 *en pro* de la configuración y consolidación del mercado interior de la energía han transformado el *modus operandi* de las empresas energéticas. Los históricos monopolios u oligopolios integrados verticalmente se han tenido que abrir a una competencia efectiva, eficiente, relevante y de alcance europeo con la consiguiente resistencia por parte de los operadores nacionales tradicionales. Esta apertura ha venido cambiando el modelo energético europeo separando la generación y el suministro energético⁶⁶, fomentando la interconexión para un mayor intercambio transfronterizo de energía y, en suma, creando las bases para un mercado interior de la energía que aún requiere una consolidación real.

68. La combinación de todos estos factores ha tenido un efecto claro en el comportamiento y las estrategias empresariales en el sector energético, ahora apremiadas por una mayor competencia tanto en el mercado nacional como en el europeo. Para hacer frente a este escenario emergente, las empresas energéticas o multi-energéticas deben emprender acciones para mantener su posición en el mercado nacional a la par que lograr una entrada o posicionamiento en nuevos mercados europeos. Una de las

⁶⁵ Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on the application of competition law in the context of the war in Ukraine, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-03/202203_joint-statement_ecn_ukraine-war.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁶⁶ SWD (2016) 385 final, Commission Staff Working Document Accompanying the Document Report From The Commission Final Report of the Sector Inquiry on Capacity Mechanisms {COM (2016) 752 final}, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=CELEX:52016SC0385>, (última consulta 10.1.2023)

opciones estratégicas es emprender operaciones de integración empresarial⁶⁷ o concentraciones horizontales o verticales con otras empresas para continuar siendo competitivas.

69. La opción por una integración total o parcial con otros competidores o con otras empresas que son complementarias es legítima y necesaria en un mercado más paneuropeo, pero igual de dependiente del exterior. Esta opción, claramente, contribuye a consolidar el mercado interior de energía creando operadores energéticos de alcance europeo que se aprovechen de las economías de escala para ser competitivos globalmente y, a la vez, consolidar la reordenación industrial del mercado de la energía y sus actores. Sin embargo, este tipo de estrategias pueden generar un efecto significativo en la competencia en el mercado interior de la energía, con integraciones anticompetitivas, generando perjuicios a otros competidores y, sobre todo, a los consumidores europeos. Sin obviar, el perjuicio a los objetivos generales de la política energética de garantizar el suministro de energía de manera segura, limpia y asequible. Objetivos que se complementan con los perseguidos por la política de competencia centrados en evitar una disminución de oferentes, un aumento de los precios, una disminución de la calidad o de la innovación y una mejora de la productividad y el crecimiento económico.

70. El punto de equilibrio entre el interés de las empresas energéticas y el interés de profundizar el mercado interior de la energía competitivo, abierto, transparente y transeuropeo se encuentra en la regulación y control de las integraciones empresariales. En la UE, la regulación y control de las concentraciones no se encuentra en el Derecho originario sino en el Reglamento 139/2004⁶⁸ (RCE) cuyo objetivo es establecer una ventanilla única de control para aquellas modificaciones estructurales que afecten a más de un mercado nacional.

71. El análisis de este marco legal se puede estructurar en diferentes fases. En primer lugar, determinar cuándo se produce una operación de integración empresarial significativa y de dimensión comunitaria para que la supervise la Comisión Europea, autorizándola, condicionándola o prohibiéndola o remitiéndola a las autoridades nacionales de competencia (ANC). En segundo lugar, analizar los criterios para medir objetivamente el obstáculo significativo de la competencia -*OSCE/SIEC test*⁶⁹- ya que no se limita a que se logre o se refuerce una posición dominante a través de la concentración. En último lugar, la casuística de la Comisión Europea y, en su caso, la jurisprudencia del TJUE ofrecen una visión más clara de cómo se ha venido aplicando este marco regulatorio y sus efectos sobre el mercado interior de la energía.

72. En relación con la primera fase, la cuestión inicial es concretar cuándo estamos ante una operación de concentración o integración empresarial. La definición y tipología de operaciones está prevista en el artículo 3 del RCE. La disposición cubre las operaciones en las que se produce un cambio de control en la o las empresas afectadas de forma duradera y que, a resultas de este, se derive un cambio duradero en la estructura del mercado⁷⁰.

⁶⁷ S.B. FARMER, “Competition Policy and Merger Analysis in Deregulated and Newly Competitive Industries”. *Competition policy and merger analysis in deregulated and newly competitive industries*, Edward Elgar Pub, 2008, Penn State Legal Studies Research Paper No. 05-2008, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1138232>.

⁶⁸ Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO L 24 de 29.1.2004, p. 1. Reglamento Ejecución (UE) 2023/914 de la Comisión, de 20 de abril de 2023 por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas y se deroga el Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión, en DO L 119 de 5.5.2023, p. 22/102 y Comunicación de la Comisión sobre el procedimiento simplificado para tramitar determinadas operaciones de concentración con arreglo al Reglamento (CE) n°139/2004, DO C 366 de 14.12.2013, p. 5.

⁶⁹ T. KUHN, “The 16th Anniversary of the SIEC Test Under the EU Merger Regulation – Where Do We Stand?”. *Journal for Competition Law* (Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, ZWeR) “The 15th Anniversary of the SIEC Test under the EU Merger Regulation – Where Do We Stand? Part 1” (ZWeR 2020, p. 1–51) and ‘Part 2’ (ZWeR 2020, p. 153–214), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3635289> (última consulta 10.1.2023).

⁷⁰ Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) n°139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC0416%2808%29>, (última consulta 10.1.2023)

73. El apartado 1º del artículo 3 del RCE retiene diversas modalidades: bien mediante fusión de dos o más empresas anteriormente independientes creando una nueva; por absorción o; mediante la creación de una única unidad económica en términos operativos; por fusión de *facto*, bien mediante la adquisición de control individual o conjunto y la diversidad de fórmulas para lograrlo que van desde el disfrute de derechos de control directo o, indirecto, a través de fondos de inversión. En ambos casos, de conformidad con el apartado 2º y 3º del artículo 3 del RCE, lo relevante es que los medios de estas fórmulas societarias o de inversión, se traduzcan en la posibilidad, actual o potencial, de ejercer de manera efectiva una influencia decisiva en el control que puede ser exclusivo o conjunto entre dos o más empresas. Traduciéndose este control en unos posibles efectos duraderos en la estructura del mercado que afecten significativamente a la competencia efectiva. Quedan excluidas de esta definición, además de los supuestos contemplados en el apartado 5 del artículo 3 del RCE, las fórmulas de mera cooperación empresarial que quedarían cubiertas por el artículo 101 o 102 del TFUE

74. La empresa o empresas implicadas en una operación de concentración en los términos expuestos tendrá dimensión o interés para la UE cuando cuantitativamente reúnan los umbrales de volumen de negocios previstos en el artículo 1 del RCE y calculados conforme a lo establecido en el artículo 5 del RCE. Umbrales que atienden a un triple criterio geográfico -mundial, comunitario y transnacional sujeto a la regla de dos tercios- cuyo objetivo prioritario no es valorar la situación, peso económico e impacto competitivo en el mercado de las empresas implicadas en una concentración, sino responder a un criterio competencial para delimitar si será la Comisión Europea la que reciba la notificación -estándar o simplificada- prevista en el artículo 4 del RCE para efectuar la evaluación *ex ante* o serán las autoridades nacionales de competencia (ANC).

75. En el presente análisis se abordan sólo aquellas concentraciones de dimensión comunitaria evaluadas por la Comisión para garantizar que no originan un significativo impedimento de la competencia efectiva u *OSCE test*⁷¹. Desde la creación del marco normativo sustantivo de control de las concentraciones hasta diciembre 2020, se han prohibido sólo 30, 12 bajo el actual RCE, y sometido a una fase II de investigación en profundidad a 200⁷².

76. A la luz de este nivel de intervención es preciso, por lo tanto, analizar la segunda fase relativa a los criterios que utiliza la Comisión a la hora de evaluar una concentración notificada. La Comisión valora dos cuestiones complementarias previstas en el artículo 2 del RCE. Por un lado, si derivada de la concentración se produce la creación o fortalecimiento de una posición dominante en un producto o servicio previamente delimitado en un mercado geográfico dado. Por otro, fruto del *OSCE test*, en aquellas concentraciones que no dan lugar a una posición dominante, si se producen “*efectos anticompetitivos resultantes de la concentración de dos empresas que operan en el mismo mercado sin ningún tipo de coordinación con otros competidores («efectos no coordinados»)...* si una concentración aumentaría el riesgo de coordinación entre la entidad resultante de la concentración y otras empresas (*«efectos coordinados»*) o si una concentración entre empresas que operan en mercados vertical o estrechamente vinculados daría lugar a la exclusión de los competidores (*«efectos verticales»* y *«efectos de conglomerado»*, respectivamente)”⁷³. Salvo que las empresas afectadas puedan demostrar la creación de eficiencias que atenúen el daño ocasionado a la competencia efectiva significativa que debe primar en el mercado interior de la energía.

⁷¹ S. THOMAS, “The Known unknown: in search for a legal structure of the significance criterion of the SIEC test”, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 13, Issue 2, June 2017, Pages 346–387.

⁷² L. BERHANT, “Withdrawn and prohibited mergers cases in the EU”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, vol.13, nº 4, pp. 296-303. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52008XC0416%2808%29>, (última consulta 10.1.2023). SWD(2021) 66 final,26.3.2021, EVALUATION of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control {SEC(2021) 156 final} - {SWD(2021) 67 final, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf, (última consulta 10.1.2023).

⁷³ COM (2014) 449 final, LIBRO BLANCO Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE , <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52014DC0449>, (última consulta 10.1.2023)

77. La valoración de estos efectos anticompetitivos, que pueden ser horizontales⁷⁴ o verticales⁷⁵ dependiendo si es una concentración entre empresas situadas en el mismo nivel de producción o si se encuentran en el nivel inferior o superior, se produce delimitando el mercado relevante afectado. Noción clave que se traduce en una metodología de análisis que implica definir dos mercados relevantes. Por un lado, el mercado del producto o servicio afectado. Por otro, el mercado geográfico afectado.

78. La Comisión recurre a tres pruebas principales⁷⁶ para acotar el mercado relevante afectado del producto o servicio y el geográfico. En primer lugar, evalúa el grado de sustituibilidad de la demanda. En segundo lugar, el grado de sustituibilidad de la oferta. En tercer lugar, el nivel de la competencia actual o potencial. Con la información obtenida establece ambos mercados y evalúa los efectos en el grado de competencia actual y potencial para decidir si la autoriza, la somete a condiciones o remedios⁷⁷, o la prohíbe.

79. Para concluir, puede ser clarificador referirse someramente a la casuística de la Comisión aplicando estos criterios al mercado interior de la energía recurriendo al RCE⁷⁸. El RCE se ha convertido no sólo en un instrumento de garantía de competencia sino también como marco legal para ejecutar una reorganización industrial entre los diferentes operadores europeos y extraeuropeos en el sector de la electricidad y del gas.

80. El 30 de marzo de 2021⁷⁹, la Comisión evaluó la concentración entre *Luminus* -perteneciente a *EDF Francia*- y *Essent Bélgica*, pese a detectar que existía un posible solapamiento horizontal y vertical entre las actividades de suministro minorista y producción de energía eléctrica en el mercado geográfico de Bélgica consideró la integración compatible y sin condiciones por la presencia relevante de *Engie* y otros competidores menores.

81. En el mercado de las energías renovables, la Comisión analizó la concentración entre *Siemens/Gamesa (Adwen)* el 13 de marzo de 2017⁸⁰. El mercado relevante del producto retenido para determinar los efectos significativos de la competencia se centró en los aerogeneradores terrestres y marinos en el mercado geográfico del Espacio Económico Europeo (EEE). En el análisis de la Comisión, se dedujo que las relaciones horizontales y verticales derivadas de la integración, habida cuenta de los importantes competidores existentes -*Vestas*, *GE/Alstom*, etc., - no generaría efectos significativos para la competencia en los aerogeneradores terrestres y marinos.

82. El 17 de septiembre de 2017⁸¹, en uno de los casos más relevantes en el sector de la electricidad y el gas, al recoger toda su experiencia previa en ambos sectores, la Comisión emitió su decisión sobre la concentración entre *E.ON/Innogy* (perteneciente a *RWE*) en Fase II por las dudas sobre la competencia que tenía esta operación en los mercados relevantes de Alemania, Chequia y Hungría, descartando Eslovaquia y Reino Unido. La concentración se ejecutó mediante un extenso intercambio de activos entre *E.ON* y *RWE*. A raíz del intercambio, *E.ON* sería activo en la operación de redes de

⁷⁴ Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO C 31 de 5.2.2004, p. 5.

⁷⁵ Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO C 265 de 18.10.2008, p. 6.

⁷⁶ Draft. Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law. https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2022-market-definition-notice_en, (última consulta 10.1.2023)

⁷⁷ N. DUNNE, "Commitment decisions in EU competition Law", *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 10, Issue 2, June 2014, Pages 399–444.

⁷⁸ S. BOGNER, S.M. GASSER, M. RAMMERSTORFER, "Mergers and acquisitions in European and North America Energy Markets: Empirical analysis of legal and ownership unbundling", *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 11, Issue 4, December 2015, Pages 935–954

⁷⁹ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202121/m10173_256_3.pdf, (última consulta 10.1.2023).

⁸⁰ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8134_807_3.pdf, (última consulta 10.1.2023).

⁸¹ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202046/m8870_7862_3.pdf, (última consulta 10.1.2023).

distribución de electricidad y gas, así como en el suministro minorista en varios países europeos. *RWE* se centraría en las actividades de generación y venta al por mayor. *E.ON* y *RWE* firmaron un acuerdo definitivo el 12 de marzo de 2018.

83. La Comisión consideró que, como resultado de los efectos horizontales no coordinados derivados de la superposición de las actividades de las partes se producían posibles efectos negativos sobre la competencia que debían ser remediados. Así, en Alemania, la concentración obstaculizaría significativamente la competencia efectiva en los mercados de suministro minorista de calefacción, electricidad a hogares y pymes y el mercado para la instalación y operación de estaciones de carga de vehículos eléctricos públicos en autopistas; En República Checa, afectaría a los mercados de suministro minorista de electricidad, a clientes de baja tensión, el suministro minorista de gas a pequeños clientes y el suministro minorista de gas a grandes clientes. En Hungría, los efectos negativos se manifestarían en los mercados de suministro minorista de electricidad a clientes, pymes y el suministro minorista de electricidad a grandes clientes industriales.

84. Para obtener el beneplácito de la Comisión, las partes propusieron una serie de compromisos en cada uno de los mercados geográficos afectados (Alemania, Chequia y Hungría) y en los mercados relevantes de los productos o servicios afectados negativamente por la concentración. Los compromisos en los tres mercados geográficos pueden sintetizarse en la adopción de un plan de desinversiones en las actividades y servicios delimitados, con una cesión de cartera de clientes y venta de activos a empresas con experiencia en el sector.

85. Si contrastamos estos compromisos con los que se impuso a *E.ON* en su adquisición de *MOL* (Hungría) mediante la decisión de 21 de diciembre de 2005⁸², podemos concluir la necesidad para los servicios de la Comisión de contrastar históricamente sus decisiones puesto que la expansión de *E.ON* y *RWE* mediante concentraciones desde la liberalización ha sido de alto impacto para una competencia significativa en el mercado interior de la energía. Esta permisividad sólo puede entenderse si la intención implícita de la Comisión hubiera sido la creación de super-campeones europeos en el sector energético europeo facilitando las eficiencias que podrían generar a nivel europeo.

86. Sin embargo, este postulado se debilita si se analizan las decisiones que han recaído en las concentraciones en el mercado del gas en las que ha venido participando *Gazprom*, de manera directa o a través de sus múltiples y diversas formas societarias que adopta el gigante ruso en la UE y fuera de ella. El posicionamiento de *Gazprom* en el territorio de la UE, cuyas consecuencias se han vivido a partir de la invasión rusa de Ucrania, se remontan a la liberalización y ha permitido una penetración y dependencia debilitante para la UE, así como unas alianzas indirectas con importantes operadores europeos como *E.ON* y *RWE* entre otros.

87. A título ejemplificativo se pueden ver las concentraciones notificadas por *Gazprom* en los asuntos *E.ON/MOL* referido, en la que *E.ON* coincide en una *joint venture* con *Gazprom*, en el asunto *Wingas/ZGHG (Gazprom)/JV* de 21 abril de 2006⁸³, en el asunto *Centrext/ZMB/ENIA/JV* de 8 de agosto de 2008, en el asunto *Gazprom/A2A/JV* de 16 de junio de 2010⁸⁴, en el asunto *Gazprom/Schewiez/Promgas* de 2 de diciembre de 2011⁸⁵, en el asunto *Gazprom/Wintershall/Target Companies* de 3 de diciembre de 2013⁸⁶, en el asunto *Fortum/GAO Gazprom/As EESTI GAS/AS vorguteenus Valdis* de 7 de agosto de 2014⁸⁷.

⁸² https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3696_20051221_20600_en.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁸³ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4020_20060421_20310_en.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁸⁴ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5740_20100616_20310_775998_EN.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁸⁵ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6409_20111202_20310_2112416_EN.pdf

⁸⁶ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6910_1109_2.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁸⁷ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7272_20140807_20310_3813641_EN.pdf, (última consulta 10.1.2023)

88. Esta expansión estratégica aprobada por la Comisión Europea y la ausencia de sanción por el abuso de posición dominante en los mercados de gas de Europa central y oriental han contribuido al potente posicionamiento de *Gazprom*. A la luz de la situación geopolítica actual quizás habría que haber actuado de manera más contundente desde el ángulo del Derecho de la competencia. *Gazprom*, ante los sucesivos paquetes de sanciones impuestos por la UE a Rusia y sus empresas estatales o por sus siglas en inglés “*SOEs*”, ha reorientado su estrategia hacia otros mercados, especialmente, el chino y el serbio. Su estrategia diversificadora fuera de la UE también ha sido aprobada por la Comisión, entre otros, en los asuntos *SINOPEC/Novatek/Gazprombank/SINOVA*, el 3 de marzo de 2020⁸⁸, para la creación del gaseoducto hacia China “poder de Siberia”, y los asuntos *NIS/HIPP* de 24 de agosto de 20022 y *MERenewables/O zone (Gazprom) /NIS energowind*⁸⁹ en el mercado serbio.

VII. Consideraciones finales

89. La consecución de un mercado interior de la energía aún no se ha logrado. Los diferentes procesos de armonización normativa y su implementación en los Estados miembros distan de haber logrado sus objetivos. La idiosincrasia del mercado de la energía de electricidad y gas y las resistencias encontradas anticipan la necesidad de acometer nuevas iniciativas legislativas que consoliden los pasos dados en ambos mercados. Sería deseable que para garantizar un resultado más homogéneo a nivel de la UE se recurriera a Reglamentos en lugar de Directivas para evitar interpretaciones o adaptaciones diversas que obstaculicen el mercado interior de la energía.

90. Las lagunas legales existentes en el mercado interior de la energía requieren una supervisión europea para evitar que las estructuras resultantes en los respectivos mercados energéticos nacionales y el comportamiento de las empresas, tanto europeas como extra-europeas, no conduzcan a mantener una compartimentación de un mercado interior de la energía.

91. El logro de un mercado interior de la energía debe caracterizarse por ser competitivo, abierto, transparente y transeuropeo. Estas características deben salvaguardarse con la aplicación de las normas de competencia de la UE en sus diferentes niveles de intervención. Los acuerdos o prácticas restrictivas entre los operadores en el mercado de la energía, los abusos de posición dominante en un mercado complejo derivado de su condición de industria basada en infraestructura de redes, la creación de sistemas de ayudas públicas opacas y las integraciones empresariales como estrategias para reforzar prácticas restrictivas o reforzar posiciones dominantes requieren de un vigilancia activa y contundente para evitar retrasar la existencia de un mercado interior de la energía competitivo y generador de beneficios para los consumidores europeos.

92. La casuística analizada sobre la aplicación de la normativa de competencia evidencia que la Comisión Europea ha pretendido facilitar diversos procesos de reordenación industrial del mercado interior de la energía, pero menoscabando una aplicación objetiva de los objetivos del Derecho de la competencia. Es de esperar que las dependencias externas generadas con suministradores internacionales, con relevantes efectos negativos, sirvan de lección para abordar a partir de ahora una mayor consolidación del mercado interior de la energía con un nivel de competencia efectiva. Para ello, se deben adoptar las sanciones oportunas que sirvan de advertencia a las empresas energéticas que operan en el mercado europeo en lugar de aceptar compromisos discutibles, que privan a los consumidores afectados de las vías de reclamación nacionales.

⁸⁸ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9742_52_3.pdf, (última consulta 10.1.2023)

⁸⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022M10612&from=ES> https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9133_55_3.pdf, (última consulta 10.1.2023).

93. Desde el ángulo de los operadores en el mercado de la energía, la experiencia adquirida muestra como existe una tendencia natural a mantener una tipología de contratos en el sector eléctrico y gas, así como abusos de posición dominante e integraciones empresariales que evidencian los intentos de mantener segmentados los mercados nacionales. Compartimentación que impide la existencia de un mercado interior de la energía en toda su extensión y del que puedan beneficiarse los consumidores europeos en precios, calidad de servicios, desarrollo tecnológico y con una pluralidad de operadores tanto en el mercado ascendente como descendente de la energía.